



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



Это цифровая копия книги, хранящейся для потомков на библиотечных полках, прежде чем ее отсканировали сотрудники компании Google в рамках проекта, цель которого - сделать книги со всего мира доступными через Интернет.

Прошло достаточно много времени для того, чтобы срок действия авторских прав на эту книгу истек, и она перешла в свободный доступ. Книга переходит в свободный доступ, если на нее не были поданы авторские права или срок действия авторских прав истек. Переход книги в свободный доступ в разных странах осуществляется по-разному. Книги, перешедшие в свободный доступ, это наш ключ к прошлому, к богатствам истории и культуры, а также к знаниям, которые часто трудно найти.

В этом файле сохранятся все пометки, примечания и другие записи, существующие в оригинальном издании, как напоминание о том долгом пути, который книга прошла от издателя до библиотеки и в конечном итоге до Вас.

Правила использования

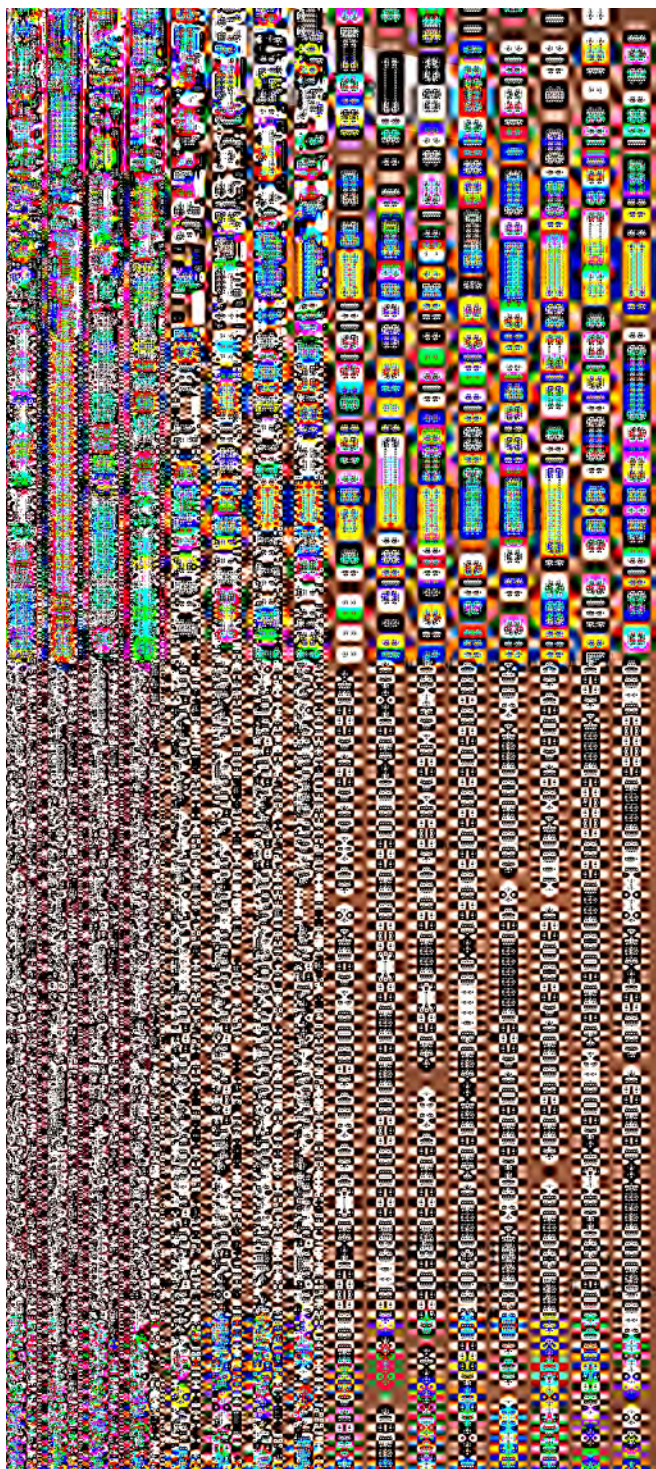
Компания Google гордится тем, что сотрудничает с библиотеками, чтобы перевести книги, перешедшие в свободный доступ, в цифровой формат и сделать их широкодоступными. Книги, перешедшие в свободный доступ, принадлежат обществу, а мы лишь хранители этого достояния. Тем не менее, эти книги достаточно дорого стоят, поэтому, чтобы и в дальнейшем предоставлять этот ресурс, мы предприняли некоторые действия, предотвращающие коммерческое использование книг, в том числе установив технические ограничения на автоматические запросы.

Мы также просим Вас о следующем.

- Не используйте файлы в коммерческих целях.
Мы разработали программу Поиск книг Google для всех пользователей, поэтому используйте эти файлы только в личных, некоммерческих целях.
- Не отправляйте автоматические запросы.
Не отправляйте в систему Google автоматические запросы любого вида. Если Вы занимаетесь изучением систем машинного перевода, оптического распознавания символов или других областей, где доступ к большому количеству текста может оказаться полезным, свяжитесь с нами. Для этих целей мы рекомендуем использовать материалы, перешедшие в свободный доступ.
- Не удаляйте атрибуты Google.
В каждом файле есть "водяной знак" Google. Он позволяет пользователям узнать об этом проекте и помогает им найти дополнительные материалы при помощи программы Поиск книг Google. Не удаляйте его.
- Делайте это законно.
Независимо от того, что Вы используете, не забудьте проверить законность своих действий, за которые Вы несете полную ответственность. Не думайте, что если книга перешла в свободный доступ в США, то ее на этом основании могут использовать читатели из других стран. Условия для перехода книги в свободный доступ в разных странах различны, поэтому нет единых правил, позволяющих определить, можно ли в определенном случае использовать определенную книгу. Не думайте, что если книга появилась в Поиске книг Google, то ее можно использовать как угодно и где угодно. Наказание за нарушение авторских прав может быть очень серьезным.

О программе Поиск книг Google

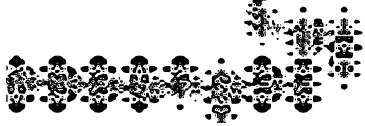
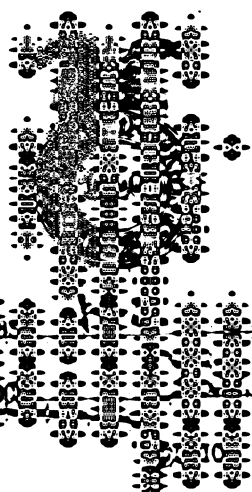
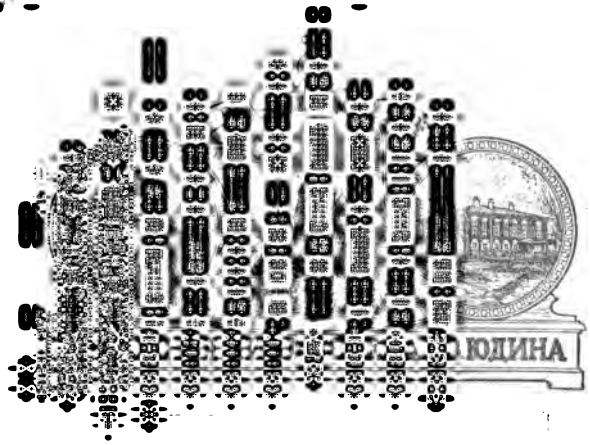
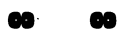
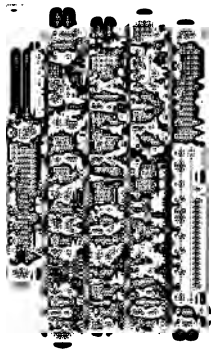
Миссия Google состоит в том, чтобы организовать мировую информацию и сделать ее всесторонне доступной и полезной. Программа Поиск книг Google помогает пользователям найти книги со всего мира, а авторам и издателям - новых читателей. Полнотекстовый поиск по этой книге можно выполнить на странице <http://books.google.com/>



РАВО

НОМІА.

КАГО.







THE
JOURNAL
OF
THE
ROYAL
ANTHROPOLOGICAL
INSTITUTE
OF GREAT
BRITAIN
AND IRELAND
PART I
1901
LONDON
PUBLISHED BY THE
INSTITUTE
11, BEDFORD SQUARE, W.C.

Dankwardt, H.

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО

и

887

1194

ОБЩЕСТВЕННАЯ ЭКОНОМІЯ.

ЭТЮДЫ ДАНЕВАРТА.

Переводъ Цитовича.

САНКТПЕТЕРБУРГЪ.

Издание Заленскаго и Любарскаго.

1866.

HB

165

D189

С.-Петербургъ. Дозволено ценсурою, Февраля 15 дня 1866 г.

Типографія А. Головачова.
Вознесенскій проспектъ, д. № 23/81.

G.L.
Dir
LCEx.
12.16.55
96047

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО

и

ОБЩЕСТВЕННАЯ ЭКОНОМИЯ.

Когда нибудь, хоть Богъ вѣсть, скоро
ли, а исполнится давнее желаніе, — чтобъ
вмѣсто безконечнаго разнообразія граж-
данскихъ законовъ были раскрыты ихъ
принципы; вѣдь въ этомъ именно и за-
ключается загадка, какъ упростить за-
конодательство.

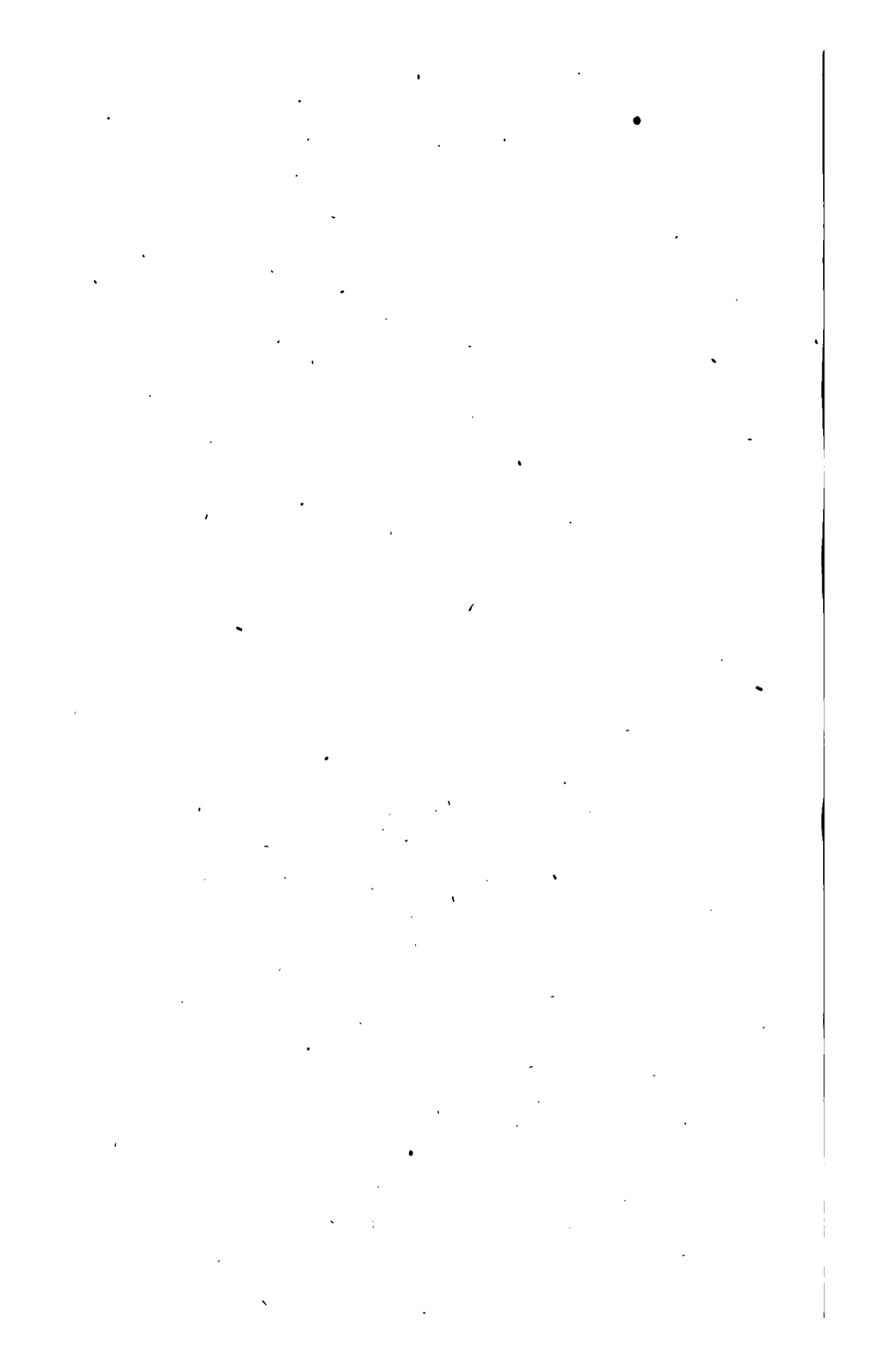
Кантъ.

СОДЕРЖАНІЕ.

Предисловіе Вильгельма Рошера.	1
Предисловіе автора	xvii
Принципы гражданского права. Антикритика. .	1
I. Общія условія кредита и спеціальныя учрежденія къ его поддержанію.	41
II. Цѣнность. Общія цѣнности. Communio и его прекращеніе	76
III. Промышленность и оборотъ. Право промышленности и право оборота	104
IV. Потребленіе вещей	115
V. Вліяніе нравственности на развитіе право. . .	138

Приложеніе.

I. Логическая и математическая сторона гражданского права	147
II. Природа и право. Обычай и обычное право	190



ПРЕДИСЛОВІЕ.

Подобно прежнимъ трудамъ, которыми даровитый авторъ пробилъ новый путь въ гористой области науки, настоящее сочиненіе тоже имѣетъ цѣлю установить связь между наукой народнаго хозяйства и юриспруденціей, связь одинаково благотворную для той и другой. Но составляя, по желанію автора и издателя, предисловіе къ этой книгѣ, я не хочу этимъ показать, что согласенъ со всѣми подробностями ея богатаго и разнообразнаго содержанія. Относительно многихъ чисто цивилистическихъ вопросовъ, я удерживаюсь отъ всякаго сужденія; что же касается до упрековъ, которыми авторъ клеймитъ всю прежнюю разработку исторіи права, то и самъ онъ, вѣроятно, согласится допустить здѣсь нѣкоторыя исключенія; я укажу хоть на превосходныя работы Арнольда, Данквартъ. Этюдъ.

не однимъ воззрѣніемъ напоминающія нашего автора.

Но за то въ этомъ предисловіи я попытаюсь представить нѣсколько незатѣйливыхъ соображеній о взаимномъ отношеніи общественной экономіи и правовѣдѣнія, а вмѣстѣ и о тѣхъ выгодахъ, какія могутъ отсюда выйти для той и другой науки. При этомъ я предполагаю извѣстнымъ, конечно, основное соображеніе, именно: что ни одна сторона народной жизни не можетъ быть понята безъ уразумѣнія цѣлаго, и цѣлое не можетъ быть понято безъ познанія всѣхъ отдѣльныхъ главныхъ сторонъ *).

Право и экономія—двѣ области жизни, равно первичныя, равно необходимыя, равно близкія сокровеннѣйшей сторонѣ человѣческой природы (особенно нравственности, совѣсти). Да и предметы, которыми занимается правовѣдѣніе и экономическая наука почти совершенно одни и тѣ же. Сочетаніе людскихъ отношеній, на которомъ экономическая наука строитъ удовлетвореніе людскихъ

*) Такъ съ чего же начинать? Начни съ отдѣльныхъ сторонъ,—куда вы, скажетъ Рошерь, по части цѣлаго аза въ глаза не выдали, а туда же за отдѣльныя стороны. Начни теперь съ цѣлаго,—опять бѣда,—отдѣльнаго не знаешь. Что же это такое? Я бы пожалуй сказалъ, въ чемъ тутъ штука; но благонравнымъ юношамъ прилично молчаніе.

(Переводч.)

потребностей, — это сочетание есть вмѣстѣ съ тѣмъ арена и поводъ безконечныхъ столкновеній, которыя право стремится или предупредить, или уладить. Подобно тому, какъ почти каждая глава общественной экономіи въ собственномъ смыслѣ имѣетъ свою параллель въ гражданскомъ правѣ; такъ почти каждое отдѣльное ученіе финансовой науки имѣетъ свою параллель въ государственномъ правѣ. Конечно, одинъ и тотъ же предметъ разсматривается съ различныхъ точекъ зрѣнія въ юриспруденціи и экономической наукѣ. Для экономическаго воззрѣнія главное дѣло — соображеніе потребностей оборота; для юридическаго же воззрѣнія — „устраненіе спора“ (Герbartъ). Этимъ объясняется кажущееся противорѣчіе, какое не разъ замѣтно въ опредѣленіи одного и того же понятія съ юридической и экономической точки зрѣнія, и вотъ на что въ преподаваніи нужно обращать серіозное вниманіе, во избѣжаніе путаницы въ головахъ слушателей.

Такъ извѣстно, что по ленному праву, ленный господинъ считается собственникомъ леннаго участка, на такой участокъ вассаль имѣетъ только вещное право. *Beneficium ita datur, ut proprietates quidem rei immobilis penes dantem remanent, usum fructus vero illius rei ad accipientem transeat* (II. Feud. 23, 2.). Но для экономиста,

*

вассаль—лицо несравненно важнѣе собственника, по крайней мѣрѣ съ тѣхъ поръ, какъ лены стали наследственны. Изъ леннаго участка вассаль удовлетворяетъ гораздо больше потребностей, и потребностей важнѣйшихъ, чѣмъ ленный господинъ; слѣдовательно и вообще удовлетвореніе народныхъ потребностей зависитъ несравненно больше отъ того, какъ пользуется своимъ правомъ вассаль, а не ленный господинъ. Но съ другой стороны и юридическая точка зрѣнія всегда имѣетъ свое практическое значеніе, — именно, когда представляются такіе спорные случаи, гдѣ все дѣло сводится къ тому, что одной сторонѣ, собственнику, принадлежать всѣ права на ленный участокъ, какія не предоставлены прямо другой сторонѣ. Весьма важенъ напр. тотъ случай, когда вымираетъ семья вассала. Что право собственности, основное право, принадлежитъ здѣсь ленному господину, это легко можетъ быть разъяснено исторически изъ начала ленныхъ отношеній, точно также какъ въ настоящее время легко можетъ быть разъяснена обратная (экономическая) операція разрѣшенія цѣлаго отношенія тѣмъ путемъ, что законы аллодификаціонные дозволяютъ выкупать свой участокъ не ленному господину у вассала, а наоборотъ. Гдѣ явно спорять между собой народно-хозяйственное и юридическое воззрѣніе, то обыкновенно первое

изъ нихъ болѣе новое; и вотъ почему очень естественно, что юристъ, уже по профессіи своей преимущественно обращая вниманіе на истолкованіе законовъ, контрактовъ и т. д., тянетъ къ прошедшему, тогда какъ экономистъ обращаетъ вниманіе на признаніе и удовлетвореніе потребностей, т. е. обращаетъ вниманіе на настоящее и будущее.

Точно также и въ юридическомъ опредѣленіи понятія бумажныхъ денегъ, главную роль играетъ ихъ принудительный курсъ, — чѣмъ сразу рѣшается споръ о томъ, принимать ихъ, или нѣтъ. „Бумага, которую имѣющій право на деньги не обязанъ принимать, а можетъ отвергнуть, не есть денежный знакъ; бумажные деньги, по самому понятію своему, имѣютъ принудительный курсъ.“ (Thöl, Handelsrecht, I, § 51.). Для экономического же воззрѣнія на деньги, на первомъ планѣ стоитъ постоянная и общая потребность ихъ обращенія; слѣдовательно постоянная возможность обмѣна бумажныхъ денегъ на самостоятельныя цѣнности (не только на кредитныя цѣнности!). Для послѣдняго воззрѣнія принудительный курсъ, который во что бы то ни стало долженъ быть признаваемъ, есть порокъ въ бумажныхъ деньгахъ. Это ведетъ къ глубокому различію обоихъ воззрѣній: юристъ, по самой профессіи своей дол-

женъ вѣрно толковать и прилагать ко всѣмъ подходящимъ спорнымъ случаямъ всякій дѣйствующій законъ, хотя бы онъ и не одобрялъ его содержанія. Съ его стороны всякая критика закона, которая идетъ дальше раскрытія согласія или противорѣчія даннаго закона съ другими законами, была бы отступленіемъ отъ чисто юридической точки зрѣнія и применила бы къ взглядамъ политическимъ, экономическимъ и т. д. Напротивъ экономистъ, который, по самой профессіи своей, постоянно занятъ потребностями оборотныхъ отношеній между людьми, разсматривая данный законъ, никакъ не можетъ опустить изъ виду того, отвѣчаетъ ли онъ этимъ потребностямъ.

Явное противорѣчіе обоихъ воззрѣній, какъ замѣтилъ прежде уже А. Ф. Ридель, рѣшительнымъ образомъ сказывается при займѣ капиталовъ. Юристъ, въ интересахъ мира, долженъ дѣлать здѣсь рѣшительное различіе между займомъ заимѣваемыхъ и незамѣваемыхъ предметовъ; тогда какъ экономистъ не можетъ признать сколько нибудь важнымъ это различіе. Юристъ поэтому долженъ считать должника собственникомъ занятаго денежнаго капитала (*apellata est mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit: Paullus*); юристъ долженъ относить на счетъ должника рискъ за день-

ги; потому что иначе, — въ случаѣ спора между кредиторомъ и должникомъ, послѣдній могъ бы скрыть свои продѣлки, которыхъ никогда нельзя раскрыть при такой замѣняемой натурѣ денегъ. Но какъ скоро удовлетвореніе кредитора становится невозможнымъ не вслѣдствіе злонамѣренности, а вслѣдствіе несостоятельности, тогда тотчасъ же сказывается вѣрность экономического воззрѣнія, которое всегда считаетъ кредитора собственникомъ занятыхъ денегъ, несущимъ рискъ изъ за нихъ, и вотъ отсюда объясняемъ слѣдующую ему плату процентовъ. Извѣстно, какой огромный шагъ въ экономическомъ отношеніи сдѣлалъ Клавдій Салмазіи именно тѣмъ, что сталъ оснаивать общепринятое юридическое ученіе объ отчужденіи въ формѣ *mutui datio*. — Въ такихъ случаяхъ легко можно подумать, что правовѣдѣніе останавливается на внѣшней формѣ дѣла, тогда какъ экономическая наука занимается сущностью самого содержанія; но противоположность между формою и содержаніемъ здѣсь слишкомъ важна. И та и другая наука, значить, выдвигаетъ на первый планъ то, что для нея существенно.

Никто, конечно, кто не отсталъ слишкомъ отъ времени, не станетъ сомнѣваться въ томъ, что юристъ, для выполненія своей задачи, долженъ

быть знакомъ съ экономическимъ воззрѣніемъ. Отношеніе экономической науки къ юристамъ прошло въ этомъ случаѣ тѣ же фазы, какъ и отношеніе физики и химіи къ врачамъ. Лѣтъ за сто обѣ эти отрасли естественныхъ наукъ большинство медиковъ считало предметомъ любопытства, имѣющимъ значеніе развѣ для извѣстныхъ второстепенныхъ цѣлей. Но лѣтъ пятьдесятъ назадъ уже всѣ признали ихъ необходимость для изслѣдователя въ области медицины. А въ настоящее время ни одинъ порядочный врачъ не можетъ обойтись безъ нихъ! — Какъ публицистъ долженъ имѣть свѣдѣнія не только въ области государственнаго права, но и въ политикѣ (и въ финансовой, а слѣдовательно и въ экономической наукѣ); такъ и цивилистъ не можетъ обойтись безъ народно-хозяйственныхъ воззрѣній.

Тѣмъ больше это нужно сказать о всякомъ изслѣдователѣ въ области гражданского права. Никакое изслѣдованіе невозможно здѣсь безъ исторіи права; но практическая исторія права, если она не хочетъ быть просто-на-просто голымъ наборомъ цитатъ, предполагаетъ живое пониманіе человѣческихъ потребностей; удовлетворить этимъ потребностямъ — вотъ цѣль, какую имѣли въ виду законы и другія юридическія учрежденія, и съ измѣненіемъ этихъ потребностей вообще и въ цѣломъ парал-

тельно совершается и измѣненіе законовъ. Юристы нерѣдко говорятъ о саморазвитіи юридическихъ институтовъ, какъ богословы или философы толкуютъ о саморазвитіи догмъ и идей. Но не слѣдуетъ обманываться образностью подобныхъ выраженій; они только указываютъ на чрезмѣрную отвлеченность погружившагося въ свой матеріалъ изслѣдователя. На самомъ дѣлѣ люди и строятъ, и измѣняютъ юридическіе институты, догмы религіи и философы. Что при этомъ думали и чувствовали люди, къ чему они стремились и чего достигли,—вотъ предметъ историческаго изслѣдованія; относительно гражданскаго права этотъ предметъ, какъ уже сказано, почти исключительно совпадаетъ съ развитіемъ народно-хозяйственныхъ потребностей и средствъ къ ихъ удовлетворенію. Точно также понятно, почему законодатель, если хочетъ дѣйствовать благотѣльно, долженъ отчетливо понимать всѣ человѣческія потребности и тѣ средства, которыми можно мирно удовлетворить этимъ потребностямъ, предполагая, что онъ хочетъ мирнымъ образомъ сдѣлать такое удовлетвореніе. Безъ такого пониманія его, законодательство, быть можетъ, и не будетъ вреднымъ; но вопросъ въ томъ, не останется ли такое законодательство только на бумагѣ.—То же самое можно сказать и о болѣе скромной сферѣ судьи и ад-

воката. Никто никогда не сомнѣвался, что даже ученѣйшій юристъ долженъ имѣть житейскую опытность, если хочетъ быть истинно полезнымъ. Какъ адвокатъ, онъ долженъ защищать человѣческія отношенія въ мирномъ спорѣ; какъ судья, онъ долженъ распутывать ихъ правильнымъ образомъ; но для той и другой цѣли юристъ долженъ знать эти отношенія „практически“, т. е., долженъ знать, какъ они рождаются изъ человѣческихъ потребностей и какъ дѣйствуютъ на человѣческое счастье и несчастье. Но если юристъ станетъ набирать подобныя практическія свѣдѣнія путемъ одного своего личнаго опыта, — какъ поздно, какъ отрывочно и какой дорогой цѣной для него самого или его кліентовъ и т. д., будетъ добыта эта опытность. Къ счастью, такое личное добываніе и не нужно. Мы имѣемъ науку, которая въ систематической, т. е, вполне приспособленной къ изученію формъ, собираетъ огромную долю этого пракческаго знанія жизни: наука эта—общественная экономія.

Древнеримскіе юристы также значительной долей своего классическаго совершенства обязаны соображенію потребностей народнаго хозяйства. Въ настоящее время, обыкновенно придають мало значенія этой сторонѣ ихъ заслугъ; но сравнительно говоря, принимая въ соображеніе состояніе эконо-

мической науки въ древности, ихъ заслуга и въ этомъ отношеніи не малая. Хозяйственные качества римлянъ, быть можетъ, столько же содѣйствовали утвержденію ихъ всемірнаго господства, сколько ихъ качества политическія и военныя. И въ самомъ дѣлѣ, никакая власть политическая и военная не можетъ держаться безъ прочныхъ экономическихъ основъ. Для примѣра я укажу на строгую расчетливость римлянъ, которая хотя и не правила Горацию (А. Р. 325 ff.), но изъ которой уже ко времени Цицерона развилось благодѣтельное значеніе римской бухгалтеріи. Далѣе, укажу на превосходство ихъ кредитной системы, которую Полибій (VI. 56. XXXII. 13.) ставитъ гораздо выше современной ей кареагенской системы; на раннее устраненіе большей части стѣсненій собственности, свойственныхъ среднему періоду культуры, — что повело къ такому быстрому развитію Рима и въ хорошую, и въ дурную сторону; укажу на высокое значеніе рациональнаго сельскаго хозяйства и его литературы, даже теперь достойной удивленія; наконецъ, — на національную способность и склонность римлянъ къ большимъ предпріятіямъ, что подтверждается ихъ банкирскими операціями, постройками дорогъ, и вообще ихъ государственною и военной дѣятельностью. Все это стало духовнымъ наслѣдствомъ

классических юристов, — и вотъ почему они были національно - оригинальными, систематически-образованными и практическими людьми, которые въ Римѣ занимались экономическими вопросами, и даже въ теоретическомъ отношеніи занимались, какъ видно, не безъ успѣха, чему между прочимъ блистательнымъ доказательствомъ служить, знаменитый отрывокъ изъ Павла о природѣ денегъ. (L. 1. pr. Dig. XVIII, 1.)

Не менѣ важна польза отъ юридическаго образованія для теоріи и правити народнаго хозяйства. Такъ какъ огромная масса юридическихъ сдѣлокъ имѣетъ экономическое содержаніе и цѣль: то почти всякая экономическая дѣятельность предполагаетъ извѣстныя юридическія нормы. Конечно, всякій самостоятельный человѣкъ долженъ понимать эти нормы; но юристъ въ этомъ отношеніи специалистъ. Это особенно нужно сказать о пониманіи и толкованіи законовъ. А во всякомъ высоко-развитомъ государствѣ какое громадное значеніе имѣютъ законы не только для практическаго развитія народнаго хозяйства, а хоть бы для изученія его состоянія! Даже для низшихъ степеней культуры, когда и въ экстензивномъ и интензивномъ отношеніи вліяніе законодательства гораздо слабѣе, напр. въ средневѣковой жизни новыхъ народовъ, своимъ знаніемъ

тогдашней экономической жизни мы въ значительной степени обязаны юридическимъ памятникамъ и новѣйшимъ изслѣдованіямъ исторіи тогдашняго права.

Къ этому присоединяется и значительная методологическая польза, какую извлекаетъ экономистъ, прошедши хорошую юридическую школу. Уже одна цѣль призванія юриста — предупрежденіе или устраненіе споровъ, заставляетъ его точно взвѣшивать свои слова. Вотъ почему удачныя юридическія опредѣленія понятій и раздѣленія отличаются такой же точностью и ясностью, какъ удачныя философскія опредѣленія отличаются глубиной. Идеаль искусства дѣлать опредѣленія былъ бы достигнутъ только при соединеніи юридической точности и философской глубины, но, къ сожалѣнію, они почти всегда исключаютъ другъ друга. Особенно теперь, когда изученіе народнаго хозяйства приняло историческое и практическое направленіе и стремится къ жизненной полнотѣ, трудно дѣлать удачныя опредѣленія; и вотъ почему это изученіе выигрываетъ отъ контроля надъ собой посредствомъ юридической „трезвости“, т. е. точности. Уже Лейбницъ приписывалъ правовѣдѣнію извѣстнаго рода „счетъ понятій“; и по моему мнѣнію юридическое образованіе составляетъ такую же подготовительную школу для

всѣхъ наукъ о народной жизни, какъ чистая математика для всѣхъ наукъ естественныхъ. Я по крайней мѣрѣ знаю по себѣ, что во время моихъ студенческихъ занятій ни одна лекція государственнаго права или политической экономіи не приносили мнѣ столько пользы, какъ лекція Альбрехта о нѣмецкомъ правѣ. Вовсе не случай, а тѣмъ больше не окольный путь, что нѣмецкая экономическая наука развилась изъ такъ называемыхъ камеральныхъ наукъ, и эти послѣднія выдѣлились изъ правовѣдѣнія.

Затѣмъ есть еще одно важное соображеніе относительно практическаго примѣненія экономической науки. Я вовсе не настаиваю на томъ, чтобы будущихъ чиновниковъ администраціи готовить въ особыхъ факультетахъ „государственнаго хозяйства“. Практическій геній не нуждается въ школьномъ приготовленіи къ практикѣ. Но для обыкновенныхъ людей кратчайшій путь къ тому, чтобы „практически“ понимать такъ называемыя „дѣла“, — это пройти или коммерческую или юридическую школу. Незачѣмъ пренебрегать и первой, видѣть въ ней только гоньбу за барышами да процентами, одинъ расчетъ только на эгоистическія стремленія тѣхъ людей, съ которыми приходится имѣть дѣло. Во всякомъ министерствѣ финансовъ долженъ быть хоть одинъ

образованный купецъ, и весь механизмъ государственнаго контроля и счетоводства несравненно легче можетъ быть изученъ какимъ нибудь образованнымъ конторщикомъ. Но для большей части государственныхъ чиновниковъ незначѣмъ искать коммерческаго образованія; по крайней мѣрѣ въ немъ также малонеобходимости, какъ напр., въ военномъ образованіи. Для людей, которыхъ призваніе въ томъ, чтобы управлять людьми посредствомъ закона, лучшее приготовленіе къ „практикѣ“ — юридическій навыкъ открывать между подводными камнями столкновенія людей узкій, признаваемый обоими сторонами фарватеръ. Все „практическое“ умѣнье въ концѣ концовъ состоитъ въ томъ, чтобы вѣрно предугадывать препятствія, мѣшающія осуществленію данной идеи. А юридическія притязанія заинтересованныхъ противниковъ, по крайней мѣрѣ у наиболѣе дѣятельныхъ народовъ, составляютъ важнѣйшее изъ таковыхъ препятствій.

Однимъ словомъ, я убѣжденъ, что юриспруденція и экономическая наука—это двѣ родныя сестры,—у нихъ одна общая мать—истина, и одна сфера работы — жизнь народа и человѣчества. Каждая изъ нихъ самостоятельна въ своемъ принципѣ, и нуждается въ содѣйствіи другой только для правильнаго проведенія этого принципа. Безъ

экономической науки, юриспруденція легко доходить къ тѣмъ крайностямъ, отъ которыхъ предостерегаютъ пословицы: fiat justitia, pereat mundus! Summum jus summa injuria! Но съ другой стороны будетъ такой же фальшивой односторонностью считать право только средствомъ къ хорошему устройству народнаго хозяйства. „Когда погибнетъ справедливость, то незачѣмъ людямъ и жить на землѣ.“ (Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Стр. 181).

Вотъ почему я рекомендую читателямъ изучать какъ прежнія, не большія по объему, но богатія содержаніемъ труды автора: «Negationum gestio» Ростокъ, 1855 года, — „Общественная Экономія и Юриспруденція“, — 3 выпуска, Ростокъ, 1857 и 1858 *), такъ и подлежащій трудъ, — изучать со всеѣмъ вниманіемъ, котораго они достойны.

Лейпцигскій Университетъ, Мартъ 1862.

Вильгельмъ Рошеръ.

*) Всѣ эти выпуски и съ ними четвертый изданы въ одной книгѣ: Nationalökonomie und Jurisprudenz, Ростокъ. 1859 года. (Переводч.)

ПРЕДИСЛОВІЕ АВТОРА.

Благосклонный пріемъ, какой встрѣтили у многихъ мои статьи подъ заглавіемъ: „Общественная Экономія и Юриспруденція“, послужилъ поводомъ и къ этимъ этюдамъ. Въ нихъ я попытался: 1) связать въ одно цѣлое тѣ институты гражданского права, которые имѣютъ цѣлю установленіе и поддержаніе кредита; 2) найти въ общественной экономіи ту общую мысль, которой связываются въ одно систематическое цѣлое римское договорное право и рядъ институтовъ нѣмецкаго частнаго права; 3) разъяснить съ помощью общественной экономіи нѣкоторые понятія въ ученіи о *Communio* и показать связь, въ какой состоятъ между собой многія юридическія нормы, обыкновенно трактуемыя въ учебникахъ гражданского права безъ всякой связи и гдѣ попало; 4) раскрыть юридическія средства, которыя имѣ-

ють цѣлью устранить непроизводительную затрату капиталовъ и рабочихъ силъ. Наконецъ, 5) а отиѣтилъ тѣ институты гражданскаго права, которыя слѣдуетъ считать прямымъ результатомъ нравственнаго чувства, и которыя поэтому состоятъ только въ косвенной связи съ общественной экономіей. Кромѣ того, чтобы покончить съ болѣе важными замѣчаніями критики, мнѣ казалось необходимымъ предпослать отчетливое раскрытіе принциповъ гражданскаго права, а вмѣстѣ съ тѣмъ опровергнуть главнѣйшія возраженія, которыя касаются столько же настоящихъ этюдовъ, какъ и прежде изданныхъ статей.

Ссылки; обозначенныя коротко: „выпускъ“ относятся къ моимъ статьямъ, вышедшихъ подъ заглавіемъ „Общественная Экономія и Юриспруденція“.

Ростокъ, Ноябрь 1861 года.

Авторъ.

Слово „принципъ“ или „основаніе“ имѣетъ четыре специфически - различныхъ значенія. Во-первыхъ, есть основаніе бытія, называемое причиною; съ-такимъ значеніемъ слово „основаніе“ является въ томъ случаѣ, когда идетъ рѣчь объ измѣненіяхъ въ неорганической природѣ. Во-вторыхъ, есть основаніе существованія;—таково значеніе слова „основаніе“, когда идетъ рѣчь объ отношеніяхъ въ пространствѣ и времени. Въ-третьихъ: основаніе познанія, т. е. логическое основаніе,—таково значеніе слова основаніе, когда имѣются въ виду отвлеченныя понятія и выводъ изъ нихъ окончательныхъ и вѣрныхъ умозаключеній. Наконецъ, въ-четвертыхъ, основаніе чело-вѣческаго дѣйствія, т. е., мотивъ. Такимъ обра-зомъ есть основанія физическія, математическія, логическія и этическія.

Юридическая норма выходитъ изъ чело-вѣческой воли, — воли народа или законодателя; та-кимъ образомъ, юридическая норма, а слѣдова-тельно и право, какъ совокупность дѣйствующихъ юридическихъ нормъ, подходитъ подъ понятіе дѣйствія. Принципы права поэтому — только

мотивы, т. е. цѣли. Слѣдовательно, раскрывать принципы права — значитъ раскрывать мотивы или цѣли законодателя или народной воли, высказывающейся въ обычномъ правѣ. Эти цѣли или эгоистическаго, или нравственнаго свойства, и послѣднія можно обозначить общимъ выраженіемъ: „общественное благо“, „salus publica“.

Послѣ этого можетъ показаться, будто право держится только на этическихъ основаніяхъ. Но противъ этого можно сказать слѣдующее.

Государство образуетъ организмъ, подобный тому организму, какимъ является человѣческое тѣло; слово: „физиологія“ государственнаго тѣла вовсе не метафора. Этотъ организмъ рождаетъ законы, которые дѣйствуютъ съ такой же неотразимой необходимостью, какъ и законы природы и съ диктаторской властью требуютъ пріостановленія, измѣненія и уничтоженія постановленія права; слѣдовательно, законодатель не можетъ выбирать между дѣятельностью и бездѣйствіемъ, — онъ вынуждается. Но если на волю законодателя дѣйствуетъ принужденіе, то и юридическая норма уже не можетъ считаться актомъ дѣйствія; на нее, какъ и на измѣненія въ неорганической природѣ, слѣдуетъ смотрѣть, какъ на совершившееся явленіе въ объективномъ мірѣ, — явленіе, которое должно быть сведено не къ мотиву, а къ причинѣ. Эти причины изучаетъ экономическая наука, которую можно назвать физиологіей общественнаго организма.

Экономическая изолированность отдѣльнаго лица и раздѣленіе труда въ обществѣ, — вотъ двѣ

первостепенныя причины, къ которымъ сводится рѣзкое, коренное различіе права въ жизни каждаго народа; съ первымъ изъ этихъ состояній связана грубость, со вторымъ — возвышеніе культуры. На этомъ основывается рѣшительное сходство ¹⁾ права въ средневѣковой жизни римскаго и нѣмецкаго народа; — а отсюда возможность принятія римскаго права въ Германіи. Далѣе, изъ постепенности перехода отъ одного состоянія къ другому и постепенно совершающагося дальнѣйшаго развитія въ раздѣленіи труда объясняется, почему принятіе юстиніановскаго права шло медленно, т. е. почему примѣненіе положеній этого права въ Германіи, и вмѣстѣ съ тѣмъ знакомство съ нимъ совершалось только мало-по-малу. Отсюда же объясняется, далѣе, универсальность римскаго права, т. е., убѣжденіе, что юстиніановское право должно навсегда оставаться основаніемъ права всѣхъ современныхъ цивилизованныхъ народовъ. Отсюда же объясняется наконецъ, почему въ настоящее время юстиніановское право уже недостаточно, хотя въ средніе вѣка оно давало нѣмцамъ неисчерпаемое богатство юридическихъ положеній; это потому, что въ то время Германія еще не достигла той степени развитія, на которой остановилось византійское право вре-

¹⁾ Нѣтъ «существеннаго различія между римскимъ и нѣмецкимъ правомъ». Но есть коренное различіе между древнеримскимъ и юстиніановскимъ правомъ, и существенное сходство между средневѣковымъ правомъ римскаго и нѣмецкаго народа.

*

менъ Юстиніана, тогда какъ новые народы давно уже оставили за собой эту стадію развитія.

Итакъ, кромя мотивовъ, юридическія нормы имѣютъ и причины; слѣдовательно, есть не только этическіе, но и фізіологическіе, т. е., экономическіе принципы права. Умный законодатель не станетъ дожидаться, пока его вынудитъ къ чему нибудь напоръ отношеній; но всегда будетъ предусматривать и дѣлать по собственной волѣ то, что рано или поздно сдѣлаютъ за него сами обстоятельства²⁾). Область причинъ въ правѣ даннаго народа дѣлается тѣмъ тѣснѣе, а область мотивовъ становится тѣмъ шире, чѣмъ умнѣе и осмотрительнѣе его законодательство. Чтобы устранить недоразумѣнія, мы должны прибавить здѣсь еще слѣдующее замѣчаніе. Въ неорганической природѣ причины явленій отерываются только путемъ эмпирическимъ, и всетаки найденная причина не имѣетъ аподиктической вѣрности. Иное дѣло причины, вызывающія перемѣны въ юридическомъ быту. Когда фактическія отношенія рождаютъ юридическія нормы, то всетаки, въ сущности, это результатъ дѣятельности людей. Масса, движимая эгоизмомъ, требуетъ данной юридической нормы и дѣйствуетъ или на законодателя, или создаетъ такую норму путемъ обычнаго права. Вотъ почему мы въ состояніи открыть съ аподиктической точностью причины измѣненій въ правѣ, именно, можемъ сдѣлать это путемъ телеологіи, что не-

²⁾ Рѣзкій примѣръ противоположнаго случая представляетъ введеніе римскаго права въ Германіи.

возможно въ области изслѣдованій природы. Способъ, какимъ, при помощи телеологическихъ соображеній, можетъ быть добыта точность въ изслѣдованіяхъ и правѣ, — этотъ способъ я укажу ниже ³⁾.

Далѣе, нѣтъ сомнѣнія, что возникающія изъ юридическихъ нормъ права могутъ быть представляемы, и дѣйствительно представляются какъ величины. Такими величинами представляются *jura in re* относительно полной собственности на данную вещь, далѣе, отдѣльные сервитуты, напр. *serv. actus, viae, itineris* во взаимномъ отношеніи другъ къ другу. Есть юридическія нормы, въ которыхъ выражается это взаимное отношеніе правъ, какъ величины; эти нормы и родились изъ воззрѣнія на права, какъ на величины, и слѣдовательно, они не могутъ быть отнесены ни къ объективной причинѣ, ни къ мотиву законодателя, а являются, какъ математическія необходимости, понятныя сами по себѣ, т. е. основанія ихъ

³⁾ Здѣсь легко можетъ возникнуть недоразумѣніе, иначе незачѣмъ было бы и замѣчать, что не одно и то же говорить о возникновеніи, измѣненіи и прекращеніи юридическихъ положеній и правъ. Изслѣдовать причины возникновенія и прекращенія правъ — это не болѣе, какъ образное выраженіе, примѣненіе закона причинности, господствующаго въ реальной природѣ, къ такимъ идеальнымъ предметамъ, какими являются права. Основанія, по которымъ возникаютъ и прекращаются права, не нуждаются въ изслѣдованіи; эти основанія точно обозначены въ юридическихъ нормахъ. Но это «почему», можетъ быть предметомъ изслѣдованія, когда идетъ рѣчь о происхожденіи, измѣненіи и прекращеніи постановленій права.

нужно искать ни въ чемъ другомъ, какъ только въ присущей намъ а priori способности познавать и обсуживать отношенія величинъ ⁴⁾. Сюда принадлежатъ, напр. положенія: *Qui habeat iter, non habet actum; in eo quod plus sit, semper inest et minus; nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet; etc.* Слѣдовательно, есть въ правѣ и математическіе принципы. Если вѣрно то, что пониманіе всякой науки становится глубже, если разсматривать части ея по закону однородности и специфическихъ различій, то и для пониманія науки права полезно выдѣлить изъ нея математическую сторону и разсматрѣть ее отдѣльно.

Наконецъ, есть юридическія положенія, которыя добыты путемъ логическаго вывода изъ другихъ юридическихъ положеній. Извѣстныя положенія признаются юридическими по логическому основанію, или, что то же, юридическія нормы могутъ имѣть свое основаніе въ формѣ нашего мышленія, въ присущихъ намъ а priori законахъ мышленія. Юридическія нормы, основанныя на фیزیологическихъ, этическихъ и математическихъ

⁴⁾ Онѣ основываются на непосредственномъ возрѣніи (intuition), и не нуждаются въ дедукціи, въ какой нуждаются тѣ юридическія положенія, которыя основываются на экономическихъ или этическихъ принципахъ. Всѣ юридическія положенія, развитыя собственно юриспруденціей, состоятъ не изъ однихъ положеній, добытыхъ путемъ дедукціи, но изъ положеній интуитивнаго свойства. Послѣдняго не беретъ во вниманіе теорія при изслѣдованіи права юристовъ.

принципахъ, становятся для логики матеріаломъ, изъ котораго путемъ сравненія и умозаключеній она добываетъ дальнѣйшія юридическія нормы. Эти добытыя путемъ силлогизмовъ нормы на столько новы, на сколько вносятся въ наше сознание путемъ умозаключенія; потому что *implicite* мы знали ихъ и прежде. Отдѣльное изложеніе всѣхъ юридическихъ нормъ, основывающихся на дедукціи, невозможно потому, что число всѣхъ комбинацій съ цѣлью умозаключенія безконечно.

Такой совокупностью юридическихъ положеній, въ которой раздѣльно и ясно замѣтны всѣ четыре элемента, представляется право наслѣдованія. Всѣ постановленія, направленные къ тому, чтобы сдѣлать имуществомъ субъектъ юридически безсмертнымъ, имѣютъ экономическое основаніе; воззрѣніе на *hereditas*, какъ на цѣлость, вышло изъ математическаго основанія; къ положеніямъ, которыя имѣютъ логическое основаніе, относится наприм., право на приращеніе наслѣдственной доли; а право наслѣдованія вообще держится на этическомъ основаніи. Но и въ другихъ институтахъ отчетливо и опредѣленно отличаются одинъ отъ другаго эти четыре элемента. Я укажу, наприм., хоть на ученіе о сельскихъ сервитутахъ. Понятіе объ этомъ институтѣ права держится на экономическомъ основаніи; выведенныя же отсюда юридическія положенія имѣютъ логическое основаніе. Положеніе, напр.: тотъ кто имѣетъ *servitus viae*, имѣетъ *s. itineris* — это начало держится на математическомъ основаніи. Наконецъ, положеніе, что при установленіи сервитута берется во

вниманіе и невыраженное прямо мнѣніе устанавливающего ⁵⁾, что при осуществленіи сервитута не дается судебной силы ⁶⁾ одной шиканѣ со стороны Dominus, что оказываетъ вліяніе ⁷⁾ положеніе: Pacta sunt servanda, — все это держится на этическомъ основаніи.

Главная масса юридическихъ нормъ имѣть этическія основанія, слѣдовательно выходить изъ мотивовъ. Эти мотивы двоякаго рода, если не брать въ расчетъ чисто эгоистическихъ мотивовъ. Впередь: законодатель замѣчаетъ въ государственномъ организмѣ зло, преслѣдуетъ его причину и издаетъ законъ, имѣющій цѣлю — устранить и причину и съ ней самое зло. Наука эта, которая разомъ служитъ патологіей, терапіей и діететикой общественнаго организма, есть политическая экономія. Законодателю она даетъ возможность замѣтить выходящее наружу зло, открываетъ его причину и наглядно указываетъ способы къ его устраненію. Чѣмъ меньше законодатель знакомъ съ этой наукой, тѣмъ вѣрнѣе попадетъ онъ во власть слѣпаго случая, тѣмъ беспорядочнѣе и безцѣльнѣе будетъ его дѣятельность. Вотъ въ чемъ

⁵⁾ L. 13. pr. D. d. serv. praed. rusticorum. (8.3): — Si in contrahenda servitute aliud actum erit, doli mali exceptio erit necessaria.

⁶⁾ Было бы чистой шиканой со стороны Dominus запретить тому, кто имѣетъ на его участокъ serv. viae, таскать этой via камни и дерево.

⁷⁾ L. 11. eod. — Benignius dicetur, eos, qui cesserunt, vetare uti cesso jure non posse.

большей частью содержаніе исторіи права ^{*)}. Законодатель не угадываетъ причины зла или выбираетъ невѣрное средство пособить бѣдѣ; узнавши изъ опыта свою ошибку, онъ идетъ въ своихъ попыткахъ далѣе и далѣе, дѣлаетъ добавленія и измѣненія, пока наконецъ законъ получить надлежащую степень полноты. Часто у Римлянъ такіе пробы дѣлались въ теченіе цѣлыхъ столѣтій. Чисто наглядное представленіе объ этомъ я далъ въ историческомъ развитіи *negotiorum gestio*. Послѣ этого каждый пойметъ, что при помощи экономической науки можно и наоборотъ—по даннымъ юридическимъ нормамъ, наприм. римскаго права, можно раскрыть и самые мотивы или цѣли. Высказано сомнѣніе въ непогрѣшимости результатовъ такой операціи, въ аподиктической вѣрности раскрытыхъ этимъ путемъ принциповъ; высказана также боязнь, будто такъ право отдается въ область произвола. И сомнѣніе и страхъ тутъ неосновательны, но они понятны, потому что и сомнѣвавшіеся и трусившіе сами не знаютъ въ чемъ дѣло. „*Nihil certe aequae facit hominem multa suspicari, ac parum scire*“. Я укажу возможно нагляднѣе, какъ поступаю въ томъ случаѣ, когда нужно открыть мотивъ или цѣль (*ratio*)

^{*)} Содержаніе исторіи права наполняютъ: 1) измѣненіе фактическихъ отношеній, которое вызываетъ за собой развитіе права, и потому исторія права отражаетъ въ себѣ и исторію фактическихъ отношеній; 2) первоначальное заблужденіе законодателя, и въ этомъ отношеніи исторія права есть выѣстъ съ тѣмъ исторія законодательной блорукости и путаницы.

данной юридической нормы. Я выдѣляю юридическую норму, игнорирую ее, и потомъ, при помощи экономическаго соображенія, рассматриваю, какія невыгоды безъ этой нормы могутъ выйти для общественнаго организма. Эти невыгоды въ большинствѣ случаевъ сказываются сразу, и всегда съ аподиктической вѣрностью. Но вмѣстѣ съ этимъ, я, значить, нашелъ и цѣль или *ratio* юридической нормы. Пробный камень тутъ — согласіе или противорѣчіе другихъ юридическихъ нормъ съ найденнымъ *ratio*. Если же не оказывается никакихъ невыгодныхъ послѣдствій, и слѣдовательно данная норма можетъ быть вычеркнута безъ всякаго вреда, — то значить, для такой нормы нѣтъ никакого основанія. Таково, напр., постановленіе, что для дѣйствительности домашнихъ завѣщаній нужно не меньше 7 свидѣтелей. А если оказывается, что уничтоженіе данной нормы даже выгодно, какъ это, напр., можно сказать по поводу законовъ о ростѣ, о *lex Anastasiana*, о постановленіяхъ относительно *laesio enormis*; то, значить, такая норма — *contra rationem* и не зачѣмъ разыскивать намѣренія, т. е. заблужденіе ⁹⁾ законодателя. Я слѣдовательно дѣлаю тоже, что и физиологъ,

⁹⁾ Въ такихъ случаяхъ, однакоже, не всегда дѣло сводится къ одному заблужденію: бесполезная или вредная юридическая норма можетъ быть историческимъ обломкомъ, можетъ держаться благодаря привычкѣ, спячкѣ, бездѣйствію. Если доказана бесполезность или вредность юридической нормы, то полезно разъяснить ее и исторически, потому что первое доказательство станетъ послѣ этого еще убѣдительнѣе.

которому нужно знать, каково значеніе извѣстнаго нерва въ человѣческомъ организмѣ; — фізіологъ отрѣзываетъ нервъ, и если окажется, что у животнаго нѣтъ вкуса, или ощущенія въ извѣстной части тѣла, или же потеряна способность двигать извѣстнымъ членомъ; то никто не станетъ сомнѣваться, что фізіологъ съ аподиктической вѣрностью можетъ указать на значеніе нерва. Ясно чѣмъ гдѣ нибудь я указалъ надежность этой операциі въ моей монографіи *negotiorum gestio*, гдѣ указаннымъ путемъ просто и легко раскрыть принципъ этого института. Впослѣдствіи я нашелъ, что мой принципъ находитъ подтвержденіе и въ институціяхъ Юстиніана, а это не малое утѣшеніе для тѣхъ, кого радуетъ каждая цитата изъ *Corpus iuris*. Безъ указаннаго метода вообще невозможно историческое развитіе какой бы то ни было юридической нормы, если не считать исторіей безсвязный, сухой агрегатъ хронологически связанныхъ между собой фактовъ ¹⁰⁾. Очевидно, экономическая наука не только служить къ тому, чтобы раскрывать причины юридическихъ нормъ и юридическихъ отношеній; но и самые мотивы законо-

¹⁰⁾ Указанный здѣсь приемъ есть извѣстный опытный методъ Бэкона, въ примѣненіи къ юриспруденціи. Съ этимъ формальнымъ приемомъ, имѣющимъ свои правила, не должно смѣшивать простой натурализациі, т. е. когда розыскиваютъ *ratio legis* при помощи такъ называемаго здраваго смысла. Это смѣшеніе убило всякое довѣріе къ изслѣдованіямъ *ratio* юридическихъ нормъ. Извѣстное дѣло, выводы «здраваго смысла» чисто субъективны, слѣдовательно ненадежны.

дателя, слѣдовательно и этическая сторона права коренится въ народномъ хозяйствѣ. Всѣ мотивы законодателя, о которыхъ идетъ здѣсь рѣчь, имѣютъ ту особенность, что выходя и изъ чувства законодателя, имѣя цѣлью общее благо, они дѣйствуютъ не прямо, а чрезъ посредство разума. Законъ рождается цѣлесообразно. Но во вторыхъ, есть юридическія нормы, которыя являются непосредственнымъ результатомъ мотива, суть прямое изліяніе филантропическаго чувства. Сюда принадлежатъ, напр., соображеніе дѣтскаго возраста, малолѣтства, *minor aetas*, соображеніе болѣзней, поврежденій, соображеніе бѣдности, естественнаго легкомыслія женщины, соображенія недостаточности образованія, болѣзненной страсти къ мотовству, соображенія заблужденія при юридическихъ сдѣлкахъ, даже незнанія закона, сюда же принадлежитъ весь институтъ опеки и попечительства, законное раздѣленіе наслѣдства по предлагаемой *voluntas* завѣщателя. Особый классъ относящихся къ этой категоріи юридическихъ нормъ составляютъ тѣ положенія, въ которыхъ высказывается признаніе и соображеніе чувствъ ¹¹⁾, отъ природы присущихъ каждому человѣку въ большей или меньшей степени, — нормы, имѣющія цѣлью устранить нарушение такихъ чувствъ. Сюда принадлежатъ: отмена даренія за неблагодарность; законодательныя постановленія о *res sacrae, sanctae* и *religiosae*, нѣ-

¹¹⁾ Число и свойство ихъ изучаетъ психологія. Сравн. ниже: Этюдъ V.

которыя основанія къ устраненію отъ наслѣдованія; правило: *Pacta sunt servanda*, и положеніе: *is natura debet, cujus fidem secuti sumus*, наказаніе за посягательство на честь и actio injuriarum вслѣдствіе оскорбленія чувства собственнаго достоинства. Нравственные принципы, лежащіе въ основѣ такихъ юридическихъ нормъ, знаетъ каждый, и для ихъ раскрытія не нужно никакой вспомогательной науки. — Нѣтъ юридическихъ нормъ, которыя бы признавали естественные инстинкты человѣка, потому что право положительно и относительно природы вездѣ дѣйствуетъ ограничительно. Нѣтъ никакого права на бракъ, а есть только юридическое ограниченіе брака моногаміей и извѣстными формами; нѣтъ никакого права на тѣ дѣйствія, къ которымъ побуждаетъ любовь родителей къ дѣтямъ, а есть только стѣсненіе природы и въ этомъ отношеніи; нѣтъ никакого права на самозащитеніе, и только юридическое ограниченіе проявленія этого естественнаго инстинкта. Гдѣ дается просторъ природѣ, тамъ не можетъ быть и помину о правѣ. Но есть юридическая защита противъ дальнѣйшихъ ограниченій, идущихъ со стороны другихъ ¹²⁾. Подобныя ограниченія природы со стороны права и такая защита противъ дальнѣйшихъ произвольныхъ ограниченій всегда имѣютъ этическое основаніе; дѣйствительно ли лежитъ въ нихъ нравственная мысль, это видно само собой; а если при этомъ есть еще мысль экономическая, это можно узнать путемъ указаннаго выше приема.

¹²⁾ Напр. *interdict. de liberis exhibendis et ducendis*.

Послѣ сдѣланнаго изслѣдованія очевидно, что нормы права вообще, а слѣдовательно и нормы гражданскаго права, основываются отчасти на экономическихъ, частью на этическихъ, отчасти на математическихъ, отчасти же на логическихъ принципахъ; такимъ образомъ матеріаль права составляетъ четыре группы, изъ коихъ три первыя совершенно разнороднаго характера, и потому никакъ не могутъ быть подведены подъ одинъ общій принципъ. Такимъ образомъ, нѣтъ системы гражданскаго права въ смыслѣ вывода изъ одного принципа; архитектурическая постройка всего гражданскаго права въ такомъ родѣ, чтобы каждая отдѣльная часть проникала бы насквозь другой части, такая постройка невозможна. Система гражданскаго права можетъ быть построена не иначе, какъ принявши за основаніе одинъ изъ указанныхъ принциповъ; совокупность всѣхъ нормъ, объясняемыхъ однимъ взятымъ принципомъ, должно разсматривать какъ главное содержаніе, какъ стволъ, и привязать уже къ этому стволу остальной матеріаль, какъ можно естественнѣе и симметричнѣе. При этомъ возникаютъ два вопроса:

1) Который изъ четырехъ принциповъ слѣдуетъ принять за основаніе? Прежде всего выдѣляется математическая сторона; число положеній, вытекающихъ изъ нея, сравнительно слишкомъ мало для того, чтобы она могла стать основаніемъ системы. Также точно не годится и логическая сторона; потому что логика сама по себѣ не даетъ никакихъ юридическихъ положеній, а скорѣе набираетъ свой матеріаль изъ трехъ

другихъ группъ; внутри области этихъ группъ движутся ея понятія, сужденія и умозаключенія. Такимъ образомъ для основанія системы остается только часть экономическая, и часть, держащаяся на нравственныхъ принципахъ. Выборъ между ними нетруденъ, потому что юридическихъ положеній чисто этического свойства гораздо меньше, чѣмъ положеній экономическаго характера.

2) Какимъ образомъ съ главной группой связать другія группы? Прежде всего, — что касается части, основывающейся на принципахъ нравственности, то пунктъ соприкосновенія и связи ея съ экономическимъ принципомъ уже видѣнъ изъ слѣдующаго соображенія: съ народнымъ богатствомъ поднимается культура (гуманность), и въ такой же мѣрѣ исчезаетъ грубость. Поэтому мораль уже сама по себѣ находится въ тѣсномъ отношеніи къ народному хозяйству. Слѣдовательно, не было бы нисколько страннымъ прыжкомъ, если бы изложеніе главной массы гражданскаго права сообразно съ экономическими принципами, заканчивалось такой главой: „вліяніе культуры на развитіе права“¹³⁾. Но кромѣ того нужно еще замѣтить, что юридическія нормы, какъ и юридическіе институты, вытекающіе изъ нравственности, очень кстати могутъ быть испробованы и съ экономической точки зрѣнія; такъ что данная юридическая норма можетъ явиться не только моральной, но и цѣлесообразной, и наоборотъ: выходящая изъ нравственнаго принципа

¹³⁾ См. ниже: Этюдъ V.

юридическая норма может оказаться безцѣльною и вредною для *salus publica*, напр., постановленіе о *laesio enormis*, законы о процентахъ, *Lex Anastasiana*. Вотъ почему нѣтъ никакой надобности собирать въ одну главу ту часть гражданского права, которая вытекаетъ изъ началъ нравственности; она можетъ быть разсортирована по отдѣльнымъ мѣстамъ. Математическая часть также должна быть взята во вниманіе. Нѣкоторые изъ положеній этой группы необходимо должны получить себѣ мѣсто. Напр., положенія о дѣлимости правъ въ случаѣ *societas* и *communio*; другія же положенія выясняются путемъ ассоціаціи идей. Логическая часть разумѣется сама собою, потому что она заключаетъ въ себѣ только выводы, вытекающіе изъ той или другой изъ прежнихъ частей.

Высказавши мнѣніе, что логическая часть гражданского права, т. е., часть, основанная на однихъ только логическихъ выводахъ изъ болѣе общихъ юридическихъ положеній, не можетъ служить основаніемъ или стволomъ системы, разумѣется я не хочу этимъ сказать, будто при построеніи системы съ той или другой точки зрѣнія, мы можемъ обойтись безъ логики. Только у животныхъ творческій инстинктъ вознаграждаетъ разумъ¹⁴⁾. Но мы можемъ строить системы не иначе, какъ при помощи законовъ

¹⁴⁾ Постройки канадскаго бобра, тканн пауковъ, норы муравьѣдовъ, соты пчелъ и всѣ птичьи гнѣзда, — все это системы, построенныя безъ участія разума.

нашего мышления, т. е. при помощи сравнения и умозаключения¹⁵⁾. Чтобы построить систему и с экономической точки зрения, мы все таки должны отвлекать понятия из наличных юридических положений, соединять эти понятия в суждения, выводить из последних дальнѣйшія умозаключения, и наоборотъ, понятия и суждения нужно классифицировать по *genus* и *species*. И при экономической точкѣ зрения мы должны изъ отдѣльных юридических положений отвлекать понятия отдѣльных юридических отношеній и правъ. Но мы опредѣляемъ и распредѣляемъ эти понятия не по одному только ихъ содержанию, но и по ихъ цѣли; извѣстную группу юридических положеній мы называемъ юридическимъ институтомъ не потому, что у нихъ общее фактическое предположеніе, но потому что они связываются одной и той же народно-хозяйственной цѣлью. Юридическіе же институты распредѣляются одинъ за другимъ по болѣе общимъ и специальнымъ цѣлямъ¹⁶⁾. А если такъ, то наши умозаключенія — не чисто аналитическія, т. е., не одно только разложеніе простыхъ положеній, — нѣтъ, въ основаніи ихъ лежитъ цѣль; и наоборотъ: многія юридическія

¹⁵⁾ При всемъ томъ, значительная доля дѣятельности въ этомъ отношеніи принадлежитъ творческому инстинкту, лежащему въ животной природѣ человека. Одна сила ума не сдѣлаетъ еще зодчимъ, и въ наукѣ она не сдѣлаетъ систематикомъ.

¹⁶⁾ То, что до сихъ поръ называлось юридическими институтами, правильнѣе называть «мнемоническими институтами».

нормы соединяются между собой не потому, что выражены въ одной нормѣ, кратко повторяющей ихъ общее содержаніе, — нѣтъ, они соединяются между собой потому, что въ спеціальныхъ цѣляхъ каждой юридической нормы открывается цѣль болѣе обширная или болѣе общая. — Цѣль народнаго хозяйства — возможно большее увеличеніе такъ называемыхъ матеріальныхъ, т. е. мѣновныхъ благъ, а съ ними и увеличеніе всѣхъ остальныхъ, которыя болѣе или менѣе обусловлены обладаніемъ первыхъ; цѣль эта затѣмъ есть справедливое распредѣленіе этихъ благъ между производящимъ населеніемъ и разумное пользованіе этими благами. Для достиженія такой великой и общей цѣли существуетъ множество учреждений; однимъ изъ нихъ является право, именно гражданское право. Эта общая цѣль распадается на множество подчиненныхъ, менѣе важныхъ цѣлей, къ чему опять служатъ отдѣльныя юридическія нормы, которыя можно назвать юридическими институтами. Для достиженія той же общей цѣли существуетъ далѣе множество дѣйствій, которыя, будучи опредѣлены юридически, называются юридическими дѣйствіями. Понятіе объ институтахъ и о дѣйствіяхъ даетъ политическая экономія, опираясь на понятія оборота. Такъ политическая экономія показываетъ, дѣйствительны ли двѣ сдѣлки, являющіяся подъ разными именами, различны или тождественны, и если различны, то не подходятъ ли онѣ подъ общее, болѣе высшее понятіе. Политическая экономія указываетъ далѣе на взаимное отношеніе юридическихъ институтовъ и сдѣлокъ,

опираясь на ихъ цѣль, и соображая цѣль болѣе общую или болѣе специальную. При этомъ она должна часто обращаться за помощью къ народно-хозяйственной исторіи. Я не считаю нужнымъ пояснить все это примѣрами, но могу сослаться на мои прежнія сочиненія. Подобная система гражданскаго права относится къ прежнимъ и ходячимъ системамъ, какъ учебникъ фیزیологіи къ учебнику анатоміи, какъ живой организмъ къ трупу. Такая система объединяетъ одной идеей юридическія нормы, и потому она настоящая система; по такой системѣ право является въ непосредственной связи съ жизнью, а потому она для каждаго легка, проста, понятна, и слѣдовательно система — практическая; наконецъ она вырастаетъ не изъ внѣшнихъ примазокъ и приклеекъ, а изъ внутри себя, и потому становится прочной и неизмѣнной. То, что до сихъ поръ называлось системой, было не система, а схема; она была непрактической, потому что въ ней не отражалась жизнь; она носила въ себѣ зародышъ тлѣнія и измѣняемости, какъ и видимъ на опытѣ,—вѣдь почти каждый цивилистъ въ основаніе своего ученія кладетъ свою собственную систему, т. е. схему.

Въ моихъ прежнихъ сочиненіяхъ я не гонялся за системой и не общалъ ея. Моя дѣятельность должна была время отъ времени ограничиваться тѣми изслѣдованіями, которыя необходимы какъ предварительныя условія будущей системы. Эти предварительныя работы далеко еще не кончены; они превышаютъ силы одного человѣка, и еще

*

многіе и со мной, и послѣ меня должны работать надъ этимъ дѣломъ, чтобы собрать весь матеріалъ, привести его въ порядокъ и начать постройку. Кромѣ того, не много выйдетъ толку, какъ только открылся новый путь для науки, тотчасъ же приниматься за систематизацію, — чрезъ это уже добытые результаты легко могутъ показаться рѣшительными и законченными, что удержать другія силы отъ изслѣдованія. Философія и общественная экономія чрезвычайно много выиграли отъ того, что ни Бэконъ, ни Адамъ Смитъ не дали имъ системы. Но чтобы послѣ можно было предложить очередь цѣлаго зданія, я пытался быстро проходить всю область гражданскаго права, оставляя въ сторонѣ подробности, и стараясь обозрѣть въ общихъ чертахъ весь матеріалъ. И не смотря на это, помимо моей воли, каждая изъ моихъ статей приняла видъ округленнаго цѣлаго, систематическая связь внутри ихъ установилась сама собой. Въ этомъ я нашелъ ручательство того, что иду правильнымъ путемъ, и что мои изслѣдованія существенно отличаются отъ простаго ошупыванія. Послѣ этихъ предварительныхъ соображеній я обращаюсь къ тѣмъ возраженіямъ, которыми критика встрѣтила мои работы.

Основная мысль этихъ работъ вотъ въ чемъ: всякое право, а слѣдовательно и римское, есть продуктъ фактическихъ отношеній; что поэтому для пониманія всякаго права, необходимо предварительно знать родившія его фактическія отношенія¹⁷⁾; что необходимый для этого опытъ замѣ-

¹⁷⁾ Тель исходить изъ той мысли, что для пониманія

няется изученіемъ политической экономіи. Эта основная мысль, какъ ни ясно она выражена, все-таки въ извѣстной степени просматрѣна или непонята даже очень дѣльными юристами. Одинъ изъ замѣчательныхъ ученыхъ, въ письменномъ разборѣ моего перваго выпуска, навязываетъ мнѣ намѣреніе, будто: „современное государство, относительно его юридической сферы, я хочу превратить въ государство исключительно торговое и промышленное.“ Нигдѣ не высказалъ я такого намѣренія; ничѣмъ не подалъ ни малѣйшаго повода къ подобной тревогѣ. Понятно, что такое мнѣніе принадлежитъ человѣку, который развѣ по имени знаетъ экономическую науку, и съ общимъ представленіемъ о ней ему только и грезится, что „торговля да промышленность“. При томъ, какъ ученику Гегеля, ему, конечно, не можетъ прійтись по вкусу мое направленіе, опирающееся на изрѣченіе Вэкона: *Meditor philosophiam, quae nihil habet abstracti vel inanis*. Другое возраженіе, дѣлаемое тѣмъ же ученымъ, вотъ какое: „общественная экономія не можетъ служить масштабомъ при оцѣнѣ заслугъ античной юриспруденціи.“ Кто не убѣдился въ противномъ изъ моихъ прежнихъ статей, съ тѣмъ мнѣ нечего больше дѣлать. Не приводя дальнѣйшихъ доводовъ, я укажу только на мнѣнія другихъ критиковъ ¹⁸⁾:

торгового права нужно знать прежде самую торговлю. Вотъ почему его книга—самый превосходный трудъ, какой только мы имѣемъ по части гражданского права.

¹⁸⁾ Фиттингъ; Дворпакъ.

что я бросилъ новый свѣтъ на ученіе о собственности, что я нашелъ ключъ къ ученію о наймѣ, что сдѣланныя мною разъясненія въ ученіи о servitutaxъ стоятъ внѣ возможности возраженій и т. д. Процессъ жизни народовъ въ цѣломъ и общемъ ходѣ одинъ и тотъ же; кто знаетъ исторію одного народа, тотъ знаетъ исторію всѣхъ народовъ. Каждый народъ имѣетъ свои средніе вѣка, свой періодъ культуры. Кто точно изслѣдовалъ и понималъ жизнь одного изъ новыхъ народовъ, тотъ вмѣстѣ съ тѣмъ знаетъ въ цѣломъ и общемъ ходѣ и развитіе римскаго народа. Отсюда слѣдуетъ, что политическая экономія, даромъ что наука новая, годится и для пониманія права не только римлянъ, но и всякаго другаго народа. Съ этой стороны мы замѣчаемъ, не лучше ли „современное общее право оставить на прежнемъ пути и стремиться только къ тому, чтобы во всѣхъ отношеніяхъ выяснить его научно.“ Но развѣ, примѣняя политическую экономію, какъ вспомогательную науку, къ юриспруденціи, я хочу этимъ измѣнять направленіе нынѣ дѣйствующаго общаго права? Въ области права я не хочу ничего ни создавать, ни преобразовывать, а только изслѣдовать и разъяснять, и безсвязное мертвое право, какимъ оно является въ компендіяхъ, представить въ живой формѣ, чтобы видна была его связь съ жизнью. Что же касается задачи — объяснять дѣйствующее право внутренне-научнымъ образомъ, — такъ развѣ я не пытался этого сдѣлать? Развѣ не я первый показалъ, что такое внутренняя исторія юридиче-

скаго института, и нагляднымъ образомъ обнаружилъ, что, не смотря на всю возню школы, называющей себя исторической, мы всетаки не имѣемъ внутренней исторіи гражданскаго права? То, что прежде называли внутренней исторіей права, рѣшительно не заслуживаетъ этого имени, — это не болѣе, какъ виѣшняя исторія внутренней стороны. Далѣе, развѣ не я показаль, что всѣ ходячіе учебники гражданскаго права не имѣютъ на себѣ никакого научнаго характера? Они очень похожи на подобранную *materia medica*, которую и учать, и примѣняютъ къ дѣлу съ глубокой важностью, не подозревая даже, что есть на свѣтѣ анатомія и физиологія. Что послѣ этого вся предшествовавшая юриспруденція должна быть признана шарлатанствомъ, — въ этомъ попрекать меня нечего; дѣйствительно, за исключеніемъ нѣкоторыхъ явленій, какъ, напр., торговое право Теля, такой эпитетъ не совсѣмъ неумѣстенъ.

Кунце ждетъ отъ моихъ сочиненій опасности прежде всего для духа права, а этотъ духъ есть этическая потенція. Я не знаю, значить ли здѣсь слово этическій то же, что нравственный, моральный. Если значить, то я не могу согласиться съ положеніемъ, будто все право, а тѣмъ больше гражданское, имѣетъ нравственное происхожденіе. Послѣ того, что сказано выше, очевидно, что только сравнительно малая доля гражданскаго права имѣетъ нравственное происхожденіе, да и изъ этой доли только часть есть непосредственный продуктъ нравственнаго чувства любви къ людямъ

и справедливости. Ничего нѣтъ нелѣпѣе, какъ считать право отвердѣлой моралью и потому принимать въ человѣкѣ какое то врожденное чувство права, какъ источникъ всѣхъ юридическихъ нормъ. Съ другой стороны, рѣшительно нѣтъ повода бояться, будто „последовательное развитіе моихъ юридическихъ воззрѣній кончится тѣмъ, что юриспруденція будетъ поглощена въ экономической наукѣ“, — въ моихъ сочиненіяхъ я нигдѣ не утверждалъ, будто все гражданское право исключительно держится на экономическихъ принципахъ. Напротивъ, не разъ ¹⁹⁾ я указывалъ на то вліяніе, какое оказываетъ на развитіе права культура и гуманность:—Но если Кунце принимаетъ слово „этический“ въ болѣе обширномъ смыслѣ и хочетъ сказать, что положенія права основываются на однихъ только мотивахъ, а не на причинахъ, что основанія права суть основанія дѣйствія, а не основанія бытія, то строго говоря, онъ правъ. Въ самомъ дѣлѣ неоспоримо, что происхожденіе каждой юридической нормы есть актъ дѣйствія или со стороны законодателя, или со стороны народа. При всемъ томъ, я думаю, изъ предварительныхъ соображеній видно достаточно, насколько и въ какомъ отношеніи можно и должно смотрѣть на право, какъ на объективное явленіе, и слѣдовательно насколько умѣстно говорить, наряду съ мотивами, и о причинахъ происхожденія

¹⁹⁾ Сравн. напр. Выпускъ IV. Стр. 14. № 4, 31, 43, 46, 49. Кунце, впрочемъ, мнѣ пишетъ, что онъ не читалъ еще IV выпуска.

права, и слѣдовательно смотрѣть на образованіе и дальнѣйшее развитіе права въ цѣломъ и общемъ ходѣ, какъ на „естественно-необходимый процессъ“. Насколько отъ такого воззрѣнія можетъ грозить опасность духу права, я ужъ не знаю. Да и вообще, оставьте меня въ покоѣ съ это фразой—„духъ права“,—въ ней идетъ дѣло о такомъ неувидимомъ абстрактѣ, что самое понятіе является почти безъ всякаго содержанія. Можно сказать: справедливо или нѣтъ мое воззрѣніе. Доказать первое пытался я, доказать второе—дѣло критики. Но это еще вовсе не критика, если Кунце съ галантно-аристократической миной выражаетъ ужасъ, какъ могъ я дойти до того, чтобъ „право съ высоты религіи жизни духа низвести до низости естественно-необходимыхъ процессовъ“. Признаюсь, для меня новость, что ранговья различія—высокій и низкій, изящный и вульгарный имѣютъ силу и относительно научныхъ воззрѣній; что научное воззрѣніе, хоть бы и вѣрное, можетъ быть не принято потому, что оно „вульгарно“. Значить, еслибы кто нибудь неотразимо доказалъ, что теперь юридическое отношеніе между профессоромъ и студентами не болѣе, какъ *locatio conductio operis*, такъ Кунце, чего добраго, сказалъ бы на это: да, это взглядъ правильный, только слишкомъ низкій, и потому долженъ быть отвергнутъ. — Во вторыхъ, въ моемъ направленіи Кунце видитъ опасность для метода юридической науки, которая „можетъ быть подчинена только своимъ собственнымъ законамъ“. И правду сказать, забавно

читать, какъ Кунце приходитъ въ экстазъ и невольно восклицаетъ: „по моему мнѣнію, мы бунтуемъ противъ духа права, требуя отъ юридической науки, чтобы она попала на бускиръ къ политической экономіи“! Это похоже на то, еслибы каменщикъ отказывался участвовать въ постройкѣ по той причинѣ, что считаетъ недостойнымъ позволить плотнику вести себя на бускирѣ. Какъ таки не понять, что каждая наука помогаетъ всѣмъ остальнымъ, что всѣ они стремятся къ одной цѣли и что только принципъ раздѣленія труда подѣлилъ науку на отрасли и факультеты! — Подобное важничанье въ литературѣ теперь уже ни къ чему не ведетъ. Гегелю оно еще удавалось, а вотъ Пухтъ ужъ нѣтъ, и теперь, слава Богу, не тѣ времена. Подобныя вспомоgetельныя средства въ критикѣ не производятъ больше никакого эффекта. — Кунце хвалитъ меня за желаніе содѣйствовать тому, чтобы положить конецъ спиритуализму (какъ онъ называетъ историческую школу); но еще хуже спиритуализма, думаетъ онъ, будто бы угрожающій теперь матеріализмъ; ему кажется, что я уже отдался матеріализму. Позвольте спросить, что понимаете вы подъ матеріализмомъ, господинъ профессоръ? Матеріалистическое направленіе юриспруденціи, пишете вы, есть такое обращеніе съ правомъ, которое ведетъ къ загромождѣ и обремененію, облекаетъ жирнымъ слоемъ изящное зданіе права, разрушаетъ сжимающую силу юридического мускульнаго аппарата и приводитъ къ нивелировкѣ пластически-расчлененнаго права“. Трудно про-

бираться чрезъ этотъ жирный покровъ живописной фразеологии. Вы, значить, считаете римское юстиниановское право могучимъ атлетомъ съ завиднымъ здоровьемъ, и боитесь, чтобы я не превратилъ этого Геркулеса въ какую то тушу. Я радъ и готовъ принять за комплиментъ ваше замѣчаніе, что я доставляю вашему Геркулесу здоровые припасы; вы только безпокойтесь, чтобы онъ ужъ чрезчуръ не откормился и, такъ сказать, не издохъ отъ собственного жира. Но это опасеніе совершенно напрасно. Мои статьи очень скудны; анатомическій же строй и мускульный аппаратъ тѣхъ предметовъ права, которые затронуты мной, обнажены до костей. Больше никто изъ критиковъ не жаловался на разжиреніе. Другіе, именно г. проф. Фиттингъ и мой издатель, остались недовольны малымъ объемомъ моихъ выпусковъ. Да и вообще ваша образность не вѣрна, — римское юстиниановское право скорѣй походитъ на человѣка, который страдаетъ отъ многихъ разнообразныхъ и серьезныхъ болѣзней и скверныхъ наростовъ. Да впрочемъ, зачѣмъ эта трата словъ? На фразы мнѣ и не слѣдовало отвѣчать. Кунце долженъ объяснить точно и опредѣленно, въ чемъ именно состоитъ матеріализмъ и превратность моего на правленія, — безъ этого же я не могу съ нимъ спорить. Я остаюсь при томъ мнѣніи, что, не зная хорошенько, чѣмъ упрекнуть меня, Кунце пустилъ въ ходъ всю свою болтовню и важничанье предо мною. Онъ поэтому и статьи мои пустилъ не съ тѣмъ, чтобы оцѣнить ихъ, а для того, чтобы въ чему нибудь въ нихъ да придраться. Причина

всей этой запальчивости—мое мнѣніе, что „поворотный пунктъ юриспруденціи“ лежитъ не тамъ, гдѣ думалъ найти его Кунце.

Изъ числа критиковъ, признавшихъ продолженное мной направленіе успѣхомъ науки, нѣкоторые сіяются доказать, что идея „не нова“. По моему это еще не важность; вѣдь еще Соломонъ сказалъ: ничто не ново подъ луной; извѣстно также выраженіе Платона, что всякое открытіе — ничто иное, какъ только воспоминаніе; наконецъ и я самъ, въ самыхъ ясныхъ выраженіяхъ, отказался отъ славы открытія. Но тотъ, кто считаетъ необходимымъ отрицать у меня оригинальность, обязанъ упоминать и объ моемъ отказѣ; иначе люди, не читающіе ничего, кромѣ рецензій, могутъ заподозрить меня въ неосновательныхъ претензіяхъ. Тотъ, кто хотѣлъ бы быть ко мнѣ вполне справедливымъ, долженъ былъ выразиться объ этомъ такъ: „есть идеи, которыя коренятся во времени, онѣ принадлежатъ не отдѣльнымъ личностямъ, а цѣлому поколѣнію; онѣ живутъ въ безчисленныхъ головахъ, но только въ формѣ общихъ и неясныхъ представленій. Вдругъ является человекъ, который въ первый разъ ясно сознаетъ идею, формулируетъ ее отчетливо, высказываетъ публично и доказываетъ. Такъ случилось и теперь, — къ статьямъ этимъ были, такъ сказать, предрасположены“. Но Лейстъ слишкомъ мало оцѣнилъ мое дѣло, назвавши его въ своей статьѣ однимъ „раскатомъ грома“.

Меня упрекали, зачѣмъ я поправилъ нѣкоторыя неполныя-опредѣленія понятій у римскихъ

юристовъ. Именно считали неизвинительнымъ, что процентный заемъ я называлъ просто наймомъ денегъ. Этотъ упрекъ выходитъ изъ ложнаго, къ сожалѣнію еще очень распространеннаго взгляда, что право и юриспруденція — нѣчто отрѣшенное отъ жизни и оборота, — нѣчто существующее само по себѣ, что будто понятіе о юридическихъ сдѣлкахъ устанавливается правомъ, и слѣдовательно, если легальное опредѣленіе находится въ противорѣчіи съ оборотнымъ понятіемъ, то на немъ одномъ и нужно остановить вниманіе. Я не могу согласиться съ такимъ воззрѣніемъ, и скорѣе думаю, что всѣ юридическія сдѣлки заимствуютъ изъ жизни и оборота свою опредѣленную и неизмѣнную природу, и право тутъ ничего не можетъ измѣнить. Право беретъ уже готовыми понятія объ этихъ сдѣлкахъ, и его задача только нормировать ихъ. Легальные опредѣленія, составленные самимъ правомъ — несообразность, — вѣдь всякому покажется нелѣпостью, будто есть нормы права, въ которыхъ опредѣлено, что то-то и то-то должно быть мѣной, куплей, наймомъ, займомъ, дареніемъ и т. д. ²⁰⁾ Если юриспруденція (не право) находитъ нужнымъ точно формулировать эти понятія, то каждый въ правѣ испытать, вѣрна ли формула или нѣтъ. Понятно поэтому, что если римскій юристъ въ своемъ опредѣленіи

²⁰⁾ Законодатель можетъ и долженъ опредѣлить только тѣ понятія, которыя составляетъ онъ самъ, напр. понятіе связи тѣлъ; это то же самое, что долженъ дѣлать и математикъ, который самъ строитъ фигуру.

отступаетъ отъ дѣйствительной природы сдѣлки, мы въ правѣ исправить его ошибку и затѣмъ вычеркнуть всѣ тѣ юридическія нормы, которыя выходятъ изъ этой ошибки. Нечего бояться, будто такая свобода подвергнетъ гражданское право опасности. Въдѣ понятія о юридическихъ сдѣлкахъ держатся прочно въ жизни и оборотѣ, и ошибка въ самой природѣ юридической сдѣлки немыслима; можно ошибаться только въ формулированіи понятія. И потому легко распознать тѣ юридическія положенія, которыя вытекаютъ изъ невѣрнаго опредѣленія, такъ что съ этой стороны нечего опасаться шаткости въ правѣ. Притомъ критика не видитъ, что сдѣланная мной поправка римскаго понятія о процентномъ займѣ вовсе не была дѣломъ каприза. Какъ я показалъ, эта поправка была необходимой. При обсужденіи процентнаго займа возникаютъ такіе юридическіе вопросы, которые при римскомъ опредѣленіи понятія не могутъ быть рѣшены безъ натяжекъ. И, приведенная по этому поводу аргументація еще нисколько не опровергается тѣмъ, что Кунце обозвалъ эпитетомъ „каша“ все подробное изложеніе этого предмета.

Но куда же дѣвать послѣ этого безпроцентный заемъ? спрашиваютъ въ Архивѣ Практическаго Правовѣдѣнія. Кто видѣлъ, гдѣ я поставилъ даренія относительно купли; кто видѣлъ, въ какомъ отношеніи къ найму я поставилъ ссуду и безсрочную ссуду (*precarium*); кто видѣлъ, въ какомъ отношеніи къ личному найму поставлены порученія и поклажа, тотъ вѣроятно до-

гадается, въ какомъ отношеніи къ процентному займу я ставлю заемъ безпроцентный.

Изслѣдовавши дѣло, я высказалъ мнѣніе, что наемъ есть видъ купли, купля видъ мѣны и наконецъ *societas productiva* имѣетъ характеръ обмѣна цѣнностей, и что поэтому есть нормы права, которыя должны имѣть примѣненіе ко всѣмъ этимъ сдѣлкамъ. Кунце называетъ такой взглядъ „нивеллировкой“ и видитъ въ этомъ шагъ назадъ; успѣхъ, видите, состоитъ въ обособленіи, т. е. въ спецификаціи. На это я могу сказать слѣдующее. Прежде всего, уже одна мысль Кунце о томъ, будто я имѣлъ намѣреніе нивелировать, была бы несправедливостью ко мнѣ. Я только изслѣдовалъ и затѣмъ сводилъ результаты моихъ изслѣдованій; но у меня никогда не было намѣренія — добывать эти результаты во что бы то ни стало. Слѣдовательно, выраженіе „нивелировать“, т. е. не видѣть нарочито никакихъ различій, — совершенно неумѣстно. Кунце и самъ вѣроятно согласится, что мнѣ и въ голову не приходило утверждать, будто *societas*, мѣна, купля, наемъ, процентный заемъ, — все это одно и то же. Я достаточно отличалъ различіе, т. е., показавъ, въ чемъ состоитъ различіе между всѣми этими сдѣлками независимо отъ ихъ общаго характера. Упрекъ Кунце въ нивелировку не имѣетъ, значить, никакого основанія. Притомъ не вѣрно мнѣніе, будто успѣхъ науки состоитъ только въ „обособленіи“. Съ него вѣроятно будетъ достаточно двухъ авторитетовъ, на которыхъ я сошлюсь: Платонъ и Кантъ оба

утверждали, что въ каждой наукѣ долженъ имѣть силу не только законъ различія, но и законъ однородности. Я соображалъ и послѣднее указаніе, и вотъ что Кунце съ презрительной миной называетъ „нивеллировкой“.

Перехожу теперь къ упрекамъ, сдѣланнымъ мнѣ преимущественно тѣми, которые стали горячими почитателями моихъ прежнихъ сочиненій и съ „радостью привѣтствовали“ мой первый шагъ на новомъ пути. Со всѣмъ вниманіемъ я долженъ заняться этимъ упрекомъ, но съ неменьшей настойчивостью займусь и опроверженіемъ. Главное преступленіе съ моей стороны вотъ въ чемъ: я первый дерзнулъ усомниться, будто отдѣльныя положенія римскаго права были приняты въ Германіи, въ чемъ никто не сомнѣвался прежде. Одинъ очень благодушный и дѣльный рецензентъ (въ „Швабскомъ Наблюдателѣ“) требуетъ, чтобы я отказался отъ своего мнѣнія и далъ слово не трогать больше вопроса о принятіи римскаго права въ Германіи; а профессоръ Фиттингъ опасается, что подобной дерзостью я напередъ лишаю довѣрія новое направленіе. Профессоръ тутъ до того расходился, что ему уже почудилось, будто я съ особеннымъ упорствомъ преслѣдовалъ свой преступный умыселъ. Но что касается послѣдней точки зрѣнія, т. е., „литературно-политической“, мнѣ мало нужды до того, что несогласные со мной относительно вопроса о принятіи признають и все остальное въ моихъ сочиненіяхъ бесполезнымъ вздоромъ; и они признають въ моихъ статьяхъ значеніе критики и настолько вос-

пользуются ими. Затѣмъ, я держусь того мнѣнія, что подобныя соображенія благоразумія не должны имѣть мѣста въ области научныхъ изслѣдованій. Тутъ все дѣло въ томъ, правъ я или не правъ; а не въ томъ, что быть можетъ иду противъ ходячаго мнѣнія и потому долженъ ожидать непріятностей. Чтобы оправдаться въ той свободѣ, съ какой отношусь къ вопросу о принятіи, я могъ бы просто сослаться на Кирульфу но не въ моей привычкѣ апеллировать къ авторитетамъ, я привыкъ думать своей головой и защищаться собственными средствами.

Вопросъ о принятіи „римскаго права въ Германіи“ никакъ не можетъ считаться уже рѣшеннымъ, и Кунце совершенно правъ, высказавши мнѣніе, что мой очеркъ римской торговли, такъ не понравившійся профессору Фиттингу, имѣетъ главной цѣлью—приготовить къ новому изслѣдованію вопроса о принятіи. Ходячая теорія этого вопроса имѣетъ то преимущество, что она очень удобна; мнѣ кажется, она и родилась изъ соображеній удобства, и по этимъ же соображеніямъ удерживается съ такимъ непреклоннымъ упорствомъ. Но только экономистъ можетъ понять, какъ слѣдуетъ относиться къ принятію римскаго права въ Германіи. Я надѣюсь составить статью на тему: „Нѣмецкая торговля въ средніе вѣка и принятіе римскаго права“, и здѣсь выскажу свой взглядъ въ короткихъ и общихъ выраженіяхъ.

Всякая юридическая норма имѣетъ цѣлью: удовлетворить данной потребности общества; особенно это можно сказать о тѣхъ поло-

женіяхъ права, которыя безмолвно вводитъ самъ народъ, и потомъ обнаруживаетъ ихъ въ постоянно, однообразномъ примѣненіи. По этому нѣтъ ни малѣйшаго сомнѣнія, что и фактъ, обозначае-
мый названіемъ „принятіе римскаго права въ Германіи“, вызванъ также потребностью; и потому сильно заблуждаются тѣ, которые думаютъ, будто римское право распространено въ Германіи такимъ же образомъ, какъ распространяютъ хри-
стіанство между чуждыми народами. Принятію не-
обходимо предшествовало ощущеніе недостат-
ка; устраненіе этого недостатка было настоятель-
ной необходимостью, но сдѣлать это не могъ въ
то время ни народъ, ни тогдашнее неуклюжее за-
конодательство. Такимъ недостаткомъ была поло-
жительная недостаточность туземнаго пра-
ва. Отчего же старое нѣмецкое право, бывшее
такъ долго удовлетворительнымъ, не стало удо-
влетворять въ 12 и 13 столѣтіи? Очевидно, что
въ это время внезапно наступила большая пере-
мѣна въ фактическихъ отношеніяхъ Герма-
ніи, заставшая въ расплехъ нѣмцевъ, такъ что
ихъ юридическое развитіе не могло поспѣть за
этими быстро развившимися отношеніями. Всякій,
хоть поверхностно знающій нѣмецкую исторію, и
хоть слегка знакомый съ основными началами эко-
номической науки, легко догадается, что такимъ
глубоко врѣзавшимся событіемъ было построение
городовъ. Стоитъ только представить нѣмцевъ
на степени развитія 10 столѣтія и предположить
несуществующими всѣ города Германіи, и тогда
прямо можно сказать, что въ такомъ состояніи

было бы какъ разъ достаточнымъ старое нѣмецкое право въ томъ видѣ, какъ представляютъ германисты. Но если затѣмъ представить внезапное возникновеніе городовъ, которые, какъ трибы изъ земли, растутъ съ своей новой жизнью и потребностями, — то сразу становится очевиднымъ, что старое нѣмецкое право не могло уже больше удовлетворять этимъ новымъ отношеніямъ, и неудовлетворительность его должна стать въ высшей степени гнетущимъ недостаткомъ. Такая потребность въ удовлетворительномъ правѣ родилась уже со времени Генриха I, затѣмъ усиливалась съ развитіемъ городовъ и распространялась территоріально съ появленіемъ новыхъ городовъ. Параллельно съ этимъ шелъ и наплывъ римскаго права въ Германіи. Но не слѣдуетъ забывать, что съ появленіемъ городовъ развившееся до тѣхъ поръ нѣмецкое право не вышло изъ употребленія. Оно вполне примѣнялось къ тѣмъ фактическимъ отношеніямъ, для которыхъ оно было создано; въ этомъ отношеніи не было никакой надобности принимать положенія чужого права; потребность въ этихъ положеніяхъ ограничивалась областью вновь явившихся юридическихъ отношеній, возникшихъ изъ пробудившейся въ городахъ и быстро пошедшей впередъ мануфактурной и торговой промышленности. Нужно было и полное договорное право, особенно торговое право; требовались постановленія права о возникшихъ вновь *Servitutes praediorum urbanorum* и о сосѣдскихъ отношеніяхъ, возникшихъ изъ сгущенія населенія въ городахъ; словомъ нужно было пра-

*

во, хоть и не научно разработанное, но какъ разъ такое, какъ въ *Corpus juris*;—въ научности тогда не было надобности, она лежала далеко выше горизонта нѣмцевъ. Римское право удовлетворяло потребности больше, чѣмъ сколько было нужно; его примѣняли къ вновь возникшимъ отношеніямъ въ полномъ убѣжденіи въ его цѣлесообразности. Жаль, что это постоянное заявленіе первоначальнаго убѣжденія невѣрно названо „обычаемъ“, потому что это повело къ ложному взгляду, будто такая *opinio necessitatis* основывается на „обычаѣ“. Далѣе, невѣрно и нелѣпо называть „обычнымъ правомъ“ указанную часть римскаго права, которая принята въ Германіи. Такой терминъ идетъ только къ тѣмъ юридическимъ нормамъ, которыя потому имѣютъ силу, что долгоевременное примѣненіе ихъ стало привычнымъ для народа. Для первыхъ нормъ *opinio necessitatis* заключается въ разумѣ, для послѣднихъ — въ чувствѣ. Съ теченіемъ времени нормы послѣдняго рода могутъ потерять всякій смыслъ, и всетаки могутъ держаться потому, что народъ не можетъ отказаться отъ дорогаго ему обычая.

Къ сожалѣнію, нужную имъ часть римскаго права нѣмцы взяли вмѣстѣ съ той частью, которая имъ была ненужна и многими своими положеніями противорѣчила нѣмецкимъ отношеніямъ, да и должна была противорѣчить; въ самомъ дѣлѣ нѣмецкій народъ вступалъ тогда въ періодъ своихъ среднихъ вѣковъ, тогда какъ юстиніановское право относилось къ тому времени, когда уже не оставалось почти слѣдовъ средневѣковой

жизни римскаго народа. Нѣмецкіе *Doctores juris* зубрили римское право въ цѣлости (*complexu*), и примѣняли его гдѣ ни попало (*in complexu*). Понятно само собой, что эта вторая часть римскаго права, какъ обычное право Германіи, могла получить силу только путемъ обычая. Но врядъ ли тутъ дѣйствовалъ обычай, какихъ не выдумывай тамъ *Doctores* дедукцій въ доказательство противнаго. Оппозиція дѣйствовала въ теченіе всѣхъ среднихъ вѣковъ, и если буквоѣдамъ удалось наконецъ заставить замолчать народъ, то этимъ еще вовсе не доказано, будто весь *Corpus juris glossatum* дѣйствуетъ въ Германіи какъ обычное право. Какъ сначала, такъ и теперь, въ народѣ рѣшительно нѣтъ *opinio necessitatis* относительно той части, которая навязана ему въ средніе вѣка. Въ этомъ могутъ сомнѣваться развѣ педанты, которые въ отчужденіи отъ жизни возились съ своимъ римскимъ правомъ. Вотъ почему я не признаю, будто *Corpus juris civilis* принятъ *in complexu*, да еще принятъ такъ, что сославшійся хоть на одно мѣсто его, имѣетъ уже *fundatam intentionem*. Напротивъ, *Corp. jur. civ.* какъ общее право Германіи имѣетъ силу на столько, на сколько можетъ быть доказано его принятіе. Что подобная теорія можетъ отдать примѣненіе права въ область произвола— этого могутъ бояться развѣ тѣ, у которыхъ нѣтъ свѣдѣній, необходимыхъ для рѣшенія вопроса о принятіи *in concreto*. Если бы кто сказалъ, что я плыву противъ теченія, что дѣйствіе *Corpus juris* въ Германіи уже *fait accompli*: это можетъ быть и справедливо. Но до тѣхъ поръ, пока противники

мой опираются не на это основаніе, а на дедукцію, до тѣхъ поръ я въ правѣ выставить дедукцію противнаго свойства.

Впрочемъ я готовъ согласиться, что для тѣхъ, которые хотятъ идти по одному со мной направленію, лучше не касаться вопроса о принятіи, и ограничиваться однимъ выраженіемъ сомнѣнія по поводу тѣхъ положеній права, на счетъ которыхъ можно сомнѣваться, чтобы они проникли въ сознаніе нѣмецкаго народа. Только когда съ помощью экономической науки будутъ провѣрены и исправлены римскія понятія, когда будутъ раскрыты принципы юридическихъ нормъ, и для cadaго юридического института будетъ своя внутренняя исторія, т. е. исторія обработанная по закону причинности, только тогда окажется матеріалъ, необходимый для основательнаго изслѣдованія вопроса о принятіи вообще и для вѣрнаго рѣшенія его въ отдѣльныхъ случаяхъ.

Здѣсь я оканчиваю отвѣтъ на критическія возраженія болѣе общаго характера. Что касается погрѣшностей и ошибокъ, которыя будто бы найдены въ изложеніи отдѣльныхъ предметовъ и юридическихъ вопросовъ, то я отложу отвѣтъ на нихъ до другаго времени. Закончивши кругъ моихъ „опытовъ“, обзрѣвши всю тронутую мной область, я намѣренъ сдѣлать обзоръ и подвести итоги всѣмъ моимъ работамъ. Тогда будетъ принята во вниманіе и критика болѣе специальныхъ вопросовъ. А до тѣхъ поръ для меня важнѣе всего всесторонне оправдать ту основную мысль, которая поставлена во главѣ моихъ статей, и удалить тѣ сом-

нѣнія, которыя поднимаются противъ моего предпріятія въ его цѣломъ и общемъ видѣ. Понятное дѣло, ступивши первымъ на новый путь, я болѣе чѣмъ кто другой рискую ошибаться; но ошибки, если угодно, мое право, моя привиллегія. Но для цѣлаго эти погрѣшности и заблужденія не многими важными ошибками переплетчика или типографскаго наборщика.

Будучи находчивыми въ откритіи моихъ недостатковъ и погрѣшностей, мои критики оказались невнимательными ко многимъ замѣчаніямъ и разъясненіямъ. Меня удивляетъ, что критики просмотрѣли или игнорировали дѣйствительно научные результаты. Не считаю нужнымъ сказать здѣсь все, что я думаю; но въ интересъ науки я считаю своей обязанностью указать хотя на одинъ примѣръ. Всякому юристу извѣстно, что ученіе о *societas* находится и по сю пору въ жалкомъ состояніи. Высшая сторона этого отношенія, т. е. юридическія отношенія, въ какихъ *socii* стоятъ къ стороннимъ лицамъ, разработаны превосходно, такъ именно разработалъ ее Тель; но за то также жалка та часть теоріи, которая касается внутренней стороны, т. е. отношенія, въ какомъ *socii* находятся между собою. Въ первомъ выпускѣ я указалъ на путаницу и темень, какая видна въ этомъ отношеніи у римскихъ юристовъ; тамъ же попытался доказать, что недостатокъ нашей теоріи въ томъ, что *societas* разсматривается вообще, не различая товарищескихъ договоровъ по ихъ цѣлямъ. Такъ дѣлаетъ напр. Пухта. Все, что написано этимъ ученымъ мужемъ о внутреннемъ отношеніи

societas, — замѣчательная дрянь. Изъ области товарищескихъ договоровъ я выдѣлилъ промышленное общество и точно анализировать его сущность; затѣмъ я показалъ, какой точный анализъ возможенъ здѣсь при помощи экономической науки, и для специальной разработки этого въ высшей степени практическаго и важнаго предмета я положилъ прочный фундаментъ. Лучше было бы, если бы критики обратили вниманіе на исходный пунктъ, а не перечисляли незначительныхъ преимуществъ этого очерка.

I

Общія условія кредита и спеціальныя учрежденія для поддержанія кредита.

Довѣріе есть чувство увѣренности, т. е. чувство отсутствія всякой или извѣстной опасности, и должно быть отличаемо отъ обдуманнаго, рассчитаннаго убѣжденія въ надежности ²¹⁾. Довѣріе есть вѣра, а вѣра съ разумомъ не справляется.

Подъ довѣріемъ политическая экономія понимаетъ чувство увѣренности въ томъ, что цѣнность, которую хотять затратить, не будетъ потеряна, но возвратится въ прежней или другой какой либо формѣ. Довѣріе въ такомъ экономическомъ значеніи называется „кредитомъ“.

Общими условіями кредита называются тѣ комбинаціи, установленія и учрежденія въ государствѣ, безъ которыхъ, кромѣ случаевъ необходимости, врядъ ли кто рѣшился бы затрачивать

²¹⁾ На этомъ существенно основывается различіе между личнымъ и реальнымъ кредитомъ.

цѣнности, какъ съ цѣлю производства,²²⁾ такъ и для того, чтобы доставить другимъ временное пользованіе этими цѣнностями. Иное дѣло тѣ учрежденія, которыя спеціально имѣютъ въ виду содѣйствовать установленію кредитныхъ отношеній. Было бы правильнѣе такое раздѣленіе: условія довѣрія вообще и условія кредита въ тѣсномъ смыслѣ.

Прежде чѣмъ скажемъ подробнѣе о тѣхъ и другихъ, необходимо, во избѣжаніе недоразумѣній, сдѣлать слѣдующее замѣчаніе. Между учрежденіями, полезными въ народно-хозяйственномъ отношеніи, нужно отличать тѣ, которыя съ самаго же начала вызваны экономической предприимчивостью, и тѣ, которыя, хотя вызваны и другими соображеніями, но затѣмъ испробованы общественной экономіей и признаны необходимыми или полезными. Можно указать не на одно учрежденіе и постановленіе послѣдняго свойства, и мы скажемъ рѣшительно, что „право наслѣдованія“ принадлежитъ къ этому послѣднему классу учрежденій. Оно очень выгодно въ экономическомъ отношеніи, но не этой выгодѣ обязано своимъ происхожденіемъ.

I. Общія условія кредита, которыя въ то же время и общія условія производства—разнородны. Полное вычисленіе ихъ невозможно, да и не нужно. Для насъ довольно указать важнѣйшія изъ нихъ. На первомъ планѣ тутъ представляются:

A. Такое государственное устройство, которое обезпечиваетъ общество отъ деспотіи и анар-

²²⁾ Выпускъ I. Стр. 18.

хи, и энергическое правительство, достаточно сильное для того, чтобы охранять въ государствѣ спокойствіе и порядокъ. Затѣмъ

Б. Полная безопасность личности и собственности.

Пока нѣтъ этихъ условій, производство во всѣхъ отрасляхъ промышленности ограничивается узкими размѣрами и ввѣреніе цѣнностей бываетъ самое незначительное. Рѣзкій примѣръ подобнаго состоянія представляютъ общественныя отношенія въ восточныхъ государствахъ.

Не наше дѣло пускаться въ изслѣдованіе, какая именно форма государственнаго устройства и какой образъ правленія наиболѣе способны привести къ высокому процвѣтанію производства и установить общее довѣріе между гражданами. Равнымъ образомъ мы предоставляемъ уголовному праву заниматься изслѣдованіемъ тѣхъ средствъ, какія необходимы для огражденія личности. Въ области же гражданскаго права мы займемся только защитой собственности и ея аналогій.

Нарушеніе собственности можетъ быть полное или частное. Первое состоитъ въ лишеніи владѣнія или въ полномъ уничтоженіи объекта собственности; второе состоитъ въ стѣсненіи владѣнія или въ уничтоженіи части объекта собственности.

Средства, предлагаемыя гражданскимъ правомъ для защиты собственности, слѣдующія:

1) Предупредительныя, имѣющія въ виду

предотвратить нарушение чужой собственности. Сюда принадлежат:

- а) Угрозы наказаний.
- б) Законная обязанность не затѣвывать предпріятій, угрожающихъ вредомъ собственности другихъ
- в) Право собственника останавливать продолженіе такихъ дѣйствій, которыя грозятъ опасностью его собственности.
- г) Законная обязанность давать обезпеченіе (cautio) за могущій произойти вредъ отъ опаснаго свойства какого нибудь зданія или другаго заведенія.

Всѣ эти предупредительныя мѣры извѣстны были римлянамъ и нашли примѣненіе въ ихъ гражданскомъ правѣ. Здѣсь достаточно указать на слѣдующія постановленія римскаго права: *actio furti* и *vi bonorum raptorum* (а), *actio aquae pluviae arcendae* б), *interdictum quod vi aut clam* (в) и *actio damni infecti* (г) ²³⁾

2) Мѣры, клонящіяся къ возстановленію нарушенной собственности. Это возстановленіе:

- а) Возможно непосредственно, въ случаѣ лишенія или стѣсненія владѣнія, если отнятое владѣніе можетъ быть возвращено и причиненное стѣсненіе можетъ быть устранено. Для этой цѣли служить *rei vindicatio*, когда нарушение полное, и *actio negatoria*, когда нарушение въ части ²⁴⁾. Въ смыслѣ абстракт-

²³⁾ См. Пухта, *Pand.* § 375, 384, 395, 386, 396. 394.

²⁴⁾ Пухта, *Pand.* § 178, 472.

ныхъ принадлежностей собственности эти иски о собственности никогда не направляются противъ заранее опредѣленнаго лица, а противъ всякаго, кто бы ни явился нарушителемъ, и потому они названы *actiones in rem* въ противоположность *actiones in personam* ²⁵⁾

- b) Непрямо, посредствомъ возмѣщенія цѣнности въ случаѣ полного или частнаго разрушенія объекта собственности. Для этой цѣли служить *actio ex lege Aquilia* ²⁶⁾. Въ послѣднемъ искѣ нѣтъ надобности при *rei vindicatio* и *negatoria*, когда представляется и частное нарушение собственности; потому что въ такихъ случаяхъ эти иски направляются также и къ вознагражденію убытковъ. Относительно этой римской номенклатуры не нужно забывать, что въ случаяхъ послѣдняго рода въ *vindicatio* и *negatoria* заключается и *actio aquilia* ²⁷⁾.

²⁵⁾ Это раздѣленіе *actiones* чисто внѣшняго и механическаго свойства. Онъ можетъ имѣть мнемоническое достоинство, но для систематическаго распредѣленія и развитія постановленій права неудобно и вредно, потому что раздѣлять постановленія права, связанные между собой дѣйствительно, т. е. своей цѣлью, и наоборотъ, скучиваетъ такія постановленія, которыя по цѣли своей не имѣютъ ничего между собой общаго.

²⁶⁾ Пухта, *Pand.* § 388. Полная защита собственности возможна только тогда, когда существуетъ понятіе цѣнности и выданы деньги, на которыя можно свести всякую цѣнность, въ какой бы формѣ она не была.

²⁷⁾ Это замѣчаніе получаетъ практическое значеніе въ

Въ прежнихъ статьяхъ своихъ я замѣтилъ, что въ римскомъ правѣ наряду съ *dominium* образовались и его аналогіи.²⁸⁾ Отсюда прямое послѣдствіе то, что тому, кому принадлежить *jura in re aliena*, принадлежать и всѣ тѣ юридическія средства, какія имѣетъ и *dominus*, средства съ цѣлью отклонять и устранять нарушенія и возстановлять свое нарушенное право. Даромъ, что въ римскомъ правѣ этого нигдѣ не высказано, но каждый разъ уместно для защиты *jura in re aliena* примѣненіе юридическихъ средствъ охраны собственности. У римлянъ введены особыя названія для тѣхъ исковъ, которые рождаются изъ нарушенія какого нибудь *jus in re*: *actio confessoria* для сервитутовъ, *actio de superficie* для суперфициарнаго права, *actio in rem emphyteuticaria* для эмфитефты и *actio hypothecaria* для залоговаго права²⁹⁾.

Путемъ этой аналогической защиты для *jura in re* расширилось понятіе *actiones in rem*. Всѣ эти *actiones* обозначаются общимъ именемъ *petitiones*³⁰⁾.

Съ понятіемъ *petitio* расширяется и понятіе имущества. Одна абстрактная возможность вытребовать при помощи государства владѣніе вещью,

томъ случаѣ, когда до конца процесса о собственности умираетъ отвѣтникъ. *Rei vindicatio* обращается тогда противъ послѣдниковъ, — *in quantum ad eos pervenit*.

²⁸⁾ Выпускъ II. Стр. 18, 19.

²⁹⁾ Пухта, *Pand.* §§ 191, 175, 176. *Nota h.* § 214.

³⁰⁾ L. 178. § 2. D. d. V. S. (50, 16) — *petitionis autem verbo in rem actiones significari videntur*.

у кого бы она ни была, и владѣть этой вещью какъ собственностью, такая возможность получаетъ цѣнность въ оборотѣ, и вотъ почему *petitiones* являются какъ составныя части имущества, какъ видъ *bona civilia* ³¹⁾). Вслѣдствіе этого является абстрактное право собственности, въ противоположность конкретному *dominium*, которое не раздѣльно съ владѣніемъ. Точно также являются абстрактныя *jura in re*, къ противоположность тѣмъ *jura in re*, которыя связаны съ осуществленіемъ возможности пользованія. Дальнѣйшее расширеніе понятія имущества является вслѣдствіе исковъ о вознагражденіи за разрушенные или поврежденные объекты собственности и тѣ предметы, которые рассматриваются какъ аналогіи собственности. Одна возможность требовать при помощи государства вознагражденія убытковъ также получаетъ самостоятельную цѣну, и самые иски, какъ *persequutiones*, причисляются къ *bona civilia* ³²⁾).

Въ одной изъ прежнихъ статей мы видѣли, что по взгляду римлянъ долговья цѣнности, даромъ что формально ³³⁾ подлежатъ собственности должника, матеріально считались собственностью кредитора; такой считалась *res empta*. Мы въ правѣ ожидать, что защиту собственности римляне для послѣдовательности распространяли и на эту матеріальную собственность. Дѣйствительно у римлянъ

³¹⁾ Выпускъ I. Стр. 15.

³²⁾ Выпускъ I. Стр. 15.

³³⁾ § 2. J. d. contrah. empt. (3, 33). Sane qui nondum rem emptori tradidit, adhuc ipse dominus est.

должникъ, именно продавецъ, былъ обязанъ „*praestare actiones*“, т. е. всѣ иски, принадлежащіе ему формально и защищающіе собственность, обязанъ былъ уступить покупщику, и покупщикъ можетъ предъявлять эти иски, какъ *actiones utiles*! безъ особенной уступки. *Sed etsi quid praeterea rei venditae nocitum est*, говорится въ римскомъ правѣ, *actio emptori praestanda est, damni forte infecti vel aquae pluviae arcendae, vel aquilae, vel interdicti quod vi aut clam*. Всѣ иски, формально принадлежащіе продавцу противъ стороннихъ лицъ за растрату, поврежденіе или разрушеніе объекта покупной сдѣлки, одинаково предоставляются и покупщику ³⁴⁾.

С. Защита собственности сама по себѣ была бы еще недостаточной для поддержанія производства и довѣрія въ государствѣ, если бы она не восполнялась другими учрежденіемъ. Что толку въ безопасности собственности, если не знаешь, какіе объекты можно считать своей собственностью, и можно каждый часъ ожидать иска о собственности со стороны другаго? И что пользы въ убѣжденіи, что объекты, которыми я владѣю, несомнѣнно моя собственность, когда есть сомнѣніе о томъ, принадлежатъ ли и матеріально эти объекты мнѣ; когда можно опасаться, что имущество, принадлежащее мнѣ формально, можетъ быть отнято долговымъ искомъ по своей цѣнности? Вотъ почему весьма рано у римлянъ, какъ и у нѣмцевъ, находимъ юридическій институтъ давности на ряду съ тѣми

³⁴⁾ L. 13. § 12. D. d. A. E. V. (19, 1).

средствами, которыя служатъ для защиты собственности. Quod ideo receptum videtur, говорить Гай, ne rerum dominia diutius in incerto essent ³⁵⁾. Vono publico, говорится въ другомъ мѣстѣ, usucapria introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent ³⁶⁾.

Очевидно само собой, что развитіе этого института идетъ параллельно съ развитіемъ, т. е. постепеннымъ расширеніемъ понятія имущества, что давность первоначально ограничивалась одними только объектами собственности ³⁷⁾, потомъ распространилась на аналогіи собственности (iura in re), и прежде всего на сервитуты ³⁸⁾, затѣмъ расширилась на отношеніе собственника къ имѣющему ius in re ³⁹⁾, и наконецъ получила силу и для правъ долговыхъ ⁴⁰⁾. Когда установилось понятіе имущества, какъ совокупности абстрактныхъ цѣнностей, явилась и общая идея давности для всѣхъ объектовъ имущества, т. е. для цѣнностей, безъ соображенія ихъ формы и вида. Важная заслуга Юстиніана въ томъ, что онъ стремился внести ясность и простоту въ запутанное ученіе о давности для собственности; но римское право неполно здѣсь въ томъ отношеніи, что оно не дало общеоъемлющихъ однообразныхъ нормъ для всякой давности, каковъ бы ни былъ ея предметъ, что

³⁵⁾ Gaj. I. § 43.

³⁶⁾ L. 1. D. d. usucap. (41, 3).

³⁷⁾ Пухта, Pand. § 156 слѣд.

³⁸⁾ Пухта, Pand. § 188. Сравн. § 175. Nota d. и § 177.

³⁹⁾ Ibidem, § 190, 202.

⁴⁰⁾ Ibidem, § 189, слѣд.

оно не выставило общихъ условій, при которыхъ можетъ быть утрачена или пріобрѣтена всякая цѣнность путемъ давности. Для современнаго законодательства остается важной задачей начать снова прерванную съ Юстиніаномъ работу, и значительно упростить гражданское право въ этой части.

Въ новѣйшее время въ нѣкоторыхъ государствахъ Германіи давность для собственности и для *jura in re* относительно недвижимой собственности потеряла свое практическое значеніе, потому что замѣнена другимъ, болѣе полнымъ учрежденіемъ. Въ этихъ государствахъ всѣ поземельные участки подъ надзоромъ правительства точно измѣрены и нанесены на планъ; имена собственниковъ обозначены въ книгѣ, которая ведется при участіи общественной власти; каждый переходъ поземельной собственности отмѣчается въ книгѣ, и только тотъ, кто записанъ въ этой книгѣ собственникомъ, считается таковымъ. То же самое и со всѣми *jura in re*; юридическую силу имѣютъ только тѣ ограниченія чужой собственности, которые отмѣчены въ поземельной книгѣ. Вотъ почему въ этихъ государствахъ нѣтъ никакого риска при пріобрѣтеніи собственности и другихъ вещныхъ правъ на чужіе участки; потребность въ давности для этихъ случаевъ исчезла, а съ ней исчезъ и самый институтъ. Вслѣдствіе такихъ порядковъ въ этихъ земляхъ значительно поднялось производство и не меньше поднялся и общій кредитъ.

Наши юристы различаютъ давность пріобрѣтательную и погасительную, и, какъ намъ кажется, безъ всякаго основанія. Всякая давность

приобрѣтательная для одной стороны и погасительная для другой. Собственникъ приобретаетъ въ томъ случаѣ, когда сервитутъ на его участокъ теряется чрезъ *non usus*. Точно также и должникъ приобретаетъ цѣнность въ томъ случаѣ, когда задвигивается противъ него долговой искъ; цѣнность, которую матеріально онъ считалъ какъ *aes alienum*, вслѣдствіе давности иска становится для него *aes suum*. Отсюда слѣдуетъ, что давность владѣнія и давность исковая должны вести къ одинаковымъ результатамъ, и послѣдняя не можетъ оставлять за собой никакого *obligatio naturalis*. Это слѣдуетъ и изъ того, что оба института очевидно имѣютъ одну и ту же народно-хозяйственную цѣль, т. е. удовлетвореніе одной и той же практической потребности. Мы прямо утверждаемъ, что никто не въ состояніи указать для исковой давности иную практическую цѣль, чѣмъ для давности владѣнія. Слѣдовательно, и противъ этого нечего спорить; если давностный владѣлецъ не имѣетъ никакихъ обязательствъ относительно прежняго хозяина вещи, то и должникъ ничѣмъ не можетъ быть *naturaliter* обязанъ относительно своего кредитора. Указанія римскихъ источниковъ противорѣчатъ въ этомъ случаѣ одно другому; поэтому этотъ вопросъ можетъ быть рѣшенъ только путемъ дедукціи изъ одного принципа. Мы дѣлаемъ дедукцію изъ общаго *ratio* института давности — *ratio*, которую открываетъ намъ экономическая наука ⁴¹⁾.

⁴¹⁾ Сравни. Кирульфъ, *Civilrecht*. Стр. 210, 212. *Nota ****).

Д. Прежде были объяснены и указаны основания, почему *conditio usucapiendi* считалось у римлян вещным юридическим отношением и защищалось особенным вещным иском и *actio negatoria*. Касательно случая коллизии двух лиц, одинаково приобретших владение *bona fide* и *ex justo titulo*, римские юристы не согласны между собой. Нераций ⁴²⁾ больше правъ, говоря, что дѣло должно рѣшаться старшинствомъ приобретения владѣнія. Это мнѣніе исходитъ изъ того, что *conditio usucapiendi* есть вещное юридическое отношеніе, аналогическое съ собственностью, — *ad instar proprietatis*, и что тотъ, кто приобретаетъ вещь *bona fide* и *ex justo titulo*, относительно *actio Publiciana* имѣетъ *jus quaesitum*, которое не можетъ быть у него отнято. Распространеніе *publiciana in rem actio* и на *jura in re* было не больше, какъ только послѣдовательность, потому что эти *jura*—аналогія собственности ⁴³⁾.

Е. Защита собственности и *bonae fidei possessio ex justo titulo* на практикѣ были очень недостаточны по той причинѣ, что на истца лежала обязанность доказыванія. Отнявши владѣніе, каждый могъ заставить владѣльца доказывать свою собственность или приобретение владѣнія *ex justo titulo*. Устраненіе такого недостатка было практической потребностью. Преторъ объявилъ вещнымъ юридическимъ отношеніемъ владѣніе само

⁴²⁾ L. 31. § 2. D. d. A. E. V. (19, 1).

⁴³⁾ Сравн. Выпускъ II. Стр. 18, 19.

по себѣ, одно *possessio* ⁴⁴⁾). Для случаевъ стѣсненія и лишенія владѣнія преторскій эдиктъ ввелъ совершенно аналогическіе иски, такъ называемые *interdicta retinendae* и *recuperandae possessionis* ⁴⁵⁾).

Понятіе *possessio*, какъ противоположность понятію *dominium*, существовало и до этихъ владѣльческихъ исковъ. Какъ скоро существуетъ собственность, существуетъ и ея противоположность. Въ противоположность собственнику *de jure* всегда былъ и собственникъ *de facto*, т. е. тотъ, кто имѣетъ чужую вещь и считаетъ ее своей собственностью. Но какъ при собственности возникло одно голое *petitio*, такъ и, при владѣніи, путемъ владѣльческихъ интердиктовъ, образовалось абстрактное владѣніе—понятіе такого владѣльца, которому принадлежатъ одни только владѣльческіе интердикты, который поэтому не есть фактический владѣлецъ, а считается таковымъ только въ судѣ. Такой владѣлецъ называется *civilis possessor*. Ему противопоставляется *naturalis possessor*, т. е. тотъ, кто имѣетъ владѣніе фактически, съ *animus rem sibi habendi*, но не признается владѣльцемъ юридически. Поэтому владѣніе *civilis possessor*'а есть нѣчто чисто идеальное. *Naturalis possessor*, какъ противоположность *civilis possessor*'у, не долженъ быть смѣшиваемъ съ тѣмъ, *qui naturaliter tantum possidet*, кто *corporaliter*

⁴⁴⁾ — — *hoc ipso, quod possidet, plus juris habet quam ille, qui non possidet*. L. 2. D. Uti poss. (43, 7).

⁴⁵⁾ Пухта, Pand. § 132, слѣд.

удерживаетъ вещь безъ *animus rem sibi habendi*. Но и послѣдній называется иногда *naturalis possessor*⁴⁶⁾, но слѣдуетъ обращать вниманіе на связь рѣчи, чтобы понимать значеніе этого выраженія. Такимъ образомъ различаются: 1) *civilis* и *naturalis possessor*; 2) *possessio* просто и *naturalis possessio*. А отсюда слѣдуетъ, что относительно одной и той же вещи можетъ быть *civilis possessor*, *naturalis possessor* и детенторъ, т. е. *naturalis possessor* въ другомъ смыслѣ⁴⁷⁾.

Та же самая потребность, которая рядомъ съ защитой собственности и *bonae fidei possessio* вызываетъ защиту и одного только владѣнія, каковы бы ни были условія его приобрѣтенія, рядомъ съ защитой *jura in re* и *quasi-possessio*⁴⁸⁾, приобрѣтенною *ex justo titulo* и *bona fide*, вызвала и защиту *quasi-possessio* независимо отъ условій

⁴⁶⁾ Сравн. L. 7. § 11. D. comm. divid. (11, 3).

⁴⁷⁾ L. 1. § 9, 10. D. d. VI. (43, 16): *Dejicitur is qui possidet, sive civiliter, sive naturaliter possideat; namet naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet. Denique et si maritus uxori donavit eaque dejecta sit, poterit hoc interdicto uti, non tamen si colonus. Дареніе ничтожно и супругъ продолжаетъ считаться юридическимъ владѣльцемъ, civilis possessor, и ему принадлежать владѣльческіе интердикты; но въ случаѣ насильственнаго лишенія владѣнія достаточно и не признаваемого юридическимъ, просто civilis possessio жены. — Въ такомъ случаѣ она имѣетъ interdictum de vi; но colonus не имѣетъ, потому что онъ не владѣетъ. Dejicitur is qui possidet, т. е., interdictum de vi требуетъ присутствія animus rem sibi habendi, а его нѣтъ у naturalis possessor въ смыслѣ детентора.*

⁴⁸⁾ Выпускъ II. Стр. 19.

его приобрѣтенія. Впрочемъ, римляне ввели защиту для *quasi-possessio* только въ нѣкоторыхъ отдѣльныхъ случаяхъ ⁴⁹⁾.

Г. Вопросъ о томъ, какое вліяніе на производство и общее довѣріе въ государствѣ оказываетъ положеніе: „всякій производитель *in bona fide* приобрѣтаетъ собственность на свой продуктъ“, и насколько этотъ принципъ проведенъ въ римскомъ правѣ — этотъ вопросъ достаточно разъясненъ прежде ⁵⁰⁾.

Г. Могучій рычагъ производства составляетъ также право наслѣдованія. Кто убѣжденъ въ томъ, что его имущество достанется въ добычу неизвѣстной толпѣ или поступить въ отвлеченную государственную кассу, тотъ ограничиваетъ свое производство, и все, что имѣетъ, старается по возможности потребить самъ. Напротивъ, увѣренность человека въ томъ, что плоды его прилежанія послѣ смерти достанутся тому, кто для него близокъ и дорогъ, — увѣренность въ этомъ будетъ поощрять его къ бережливости и дѣятельности. Такое общество, какое хотѣлъ создать С. Симонизмъ, было бы замѣчательно лѣнивымъ, распущеннымъ и бѣднымъ. Право наслѣдованія, дѣлая гражданина предприимчивымъ и бережливымъ, является важнымъ источникомъ національнаго богатства и слѣдовательно культуры ⁵¹⁾.

Можно сказать съ увѣренностью, что не бы-

⁴⁹⁾ См. Пухта *Pand.* § 139.

⁵⁰⁾ Выпускъ I. Стр. 28 слѣд.

⁵¹⁾ Рошеръ, *Grundlagen.* § 84.

вало еще общества безъ наслѣдованія, по той простой причинѣ, что наслѣдованіе основывается на законѣ природы. Въ каждого человѣка природа вложила больше или меньше любви къ дѣтямъ, почитанія къ родителямъ, привязанность супружескую, привязанность къ родственникамъ, а съ тѣмъ вмѣстѣ вложено и побужденіе передавать свое достояніе близкимъ людямъ. Положительное законодательство установило порядокъ наслѣдованія, а поднимающаяся цивилизація, измѣненіе нравовъ и религіозныхъ воззрѣній вызывали постепенное измѣненіе относящихся сюда нормъ, т. е. цѣлю исторію права наслѣдованія. Понятіе *hereditas* также древне, какъ и римскій народъ. Принимать, будто первоначально римскій народъ не зналъ наслѣдованія, значитъ то же, что принимать, будто естественный народъ началъ свою жизнь въ неестественной обстановкѣ.

Въ силу высказаннаго соображенія экономическая наука заявляетъ положительному праву требованіе, чтобы всякій могъ свободно распоряжаться остающимся послѣ него имуществомъ, съ тѣми только ограниченіями, какія на каждого налагаютъ нравственность и господствующія воззрѣнія времени. Экономическая наука требуетъ свободнаго *testamenti factio*, съ выдѣленіемъ законной доли въ пользу ближайшихъ родственниковъ; въ тѣхъ случаяхъ, когда внезапно застигнетъ человѣка смерть, не давши покойному изъяснить свою послѣднюю волю, экономическая наука требуетъ, чтобы получала значеніе предполагаемая воля покойнаго, опредѣляемая согласно господствующимъ

воззрѣніемъ времени и принципамъ нравственности. Долго, въ теченіи столѣтій, римское право пыталось разрѣшить эту задачу и въ сущности рѣшило ее. Но юстиніановское право наслѣдованія, особенно право непрѣмной наслѣдственной доли, полно мусоромъ, прошедшихъ временъ, и нельзя не высказать глубокаго сожалѣнія, что нѣмецкая простота пересадила въ Германію всю эту массу историческихъ обломковъ, сберегла ихъ тщательно, будто перлы какіе, и этимъ превратила наше дѣйствующее право наслѣдованія въ помойную яму. Съ практической стороны ⁵²⁾ римское право непрѣмной наслѣдственной доли во многихъ отношеніяхъ стоитъ въ противорѣчіи съ убѣжденіемъ нѣмецкаго народа. Каждый начинающій юристъ, принужденный изучать его, чувствуетъ тошноту и приходитъ въ негодованіе отъ того, что нѣмецкіе педанты позволяютъ себѣ утверждать, будто вся эта чепуха перешла въ сознаніе нѣмецкаго народа.

Кто приобрѣтаетъ наслѣдство, къ которому онъ призванъ — а это приобрѣтеніе совершается обыкновенно чрезъ изъясненіе воли — тотъ имѣетъ право иска противъ постороннихъ о выдачѣ наслѣдства — *hereditatis petitio* ⁵³⁾. Чрезъ это расширяется понятіе имущества. Гарантированная государствомъ возможность приобрѣсти совокупность цѣнностей въ формѣ наслѣдства — эта возможность также получаетъ въ оборотѣ цѣну, и рядомъ съ *venditio rei* является *venditio hereditatis*.

⁵²⁾ Сравни. Пухта Pand. § 485.

⁵³⁾ Пухта Pand. § 515.

tis⁵⁴⁾. Такимъ образомъ hereditas становится идеальнымъ имуществомъ и по этому причисляется римскими юристами къ bona civilia⁵⁵⁾.

II. Изъ социальныхъ учрежденій, имѣющихъ цѣлью содѣйствовать ввѣренію цѣнностей въ римскомъ гражданскомъ правѣ можно указать здѣсь на слѣдующія: судебная сила кредитныхъ сдѣлокъ⁵⁶⁾, дозволеніе и судебная сила поручительства⁵⁷⁾, отвѣтственность должника за culpa и mora⁵⁸⁾, средства доказыванія существованія обязательства (письменный актъ, agna⁵⁹⁾, законныя опредѣленія о дѣлѣжѣ имущества несостоятельнаго должника при concursus creditorum⁶⁰⁾, отвѣтственность наслѣдника за долги умершаго⁶¹⁾, юридическая личность hereditas jacens⁶²⁾, cura hereditatis jacentis⁶³⁾, beneficium separationis для кредиторовъ умершаго⁶⁴⁾. Кредиторъ подвергается слѣдующимъ видамъ риска. Можетъ случиться, что должникъ не хочетъ возвратить ввѣренную ему цѣнность; что онъ не можетъ этого сдѣлать; что онъ возвращаетъ ее не въ

⁵⁴⁾ Пухта, Pand. § 521.

⁵⁵⁾ Выпускъ I. Стр. 15. Бринцъ, Lehrbuch der Pandecten, Стр. 653 слѣд.

⁵⁶⁾ Выпускъ II Стр. 32. Выпускъ III. Стр. 67 слѣд.

⁵⁷⁾ Пухта Pand. §. 404.

⁵⁸⁾ Выпускъ IV. Стр. 35 слѣд. и стр. 61 слѣд.

⁵⁹⁾ Пухта Pand. § 251. 254.

⁶⁰⁾ Пухта Pand. § 247 слѣд.

⁶¹⁾ Пухта Pand. § 88.

⁶²⁾ Пухта Pand. § 447.

⁶³⁾ Пухта Pand. § 230, Nota K.

⁶⁴⁾ Пухта Pand. §. 509.

настоящее время; что по своей волѣ онъ портить или уничтожаетъ эту цѣнность; что должникъ отрицаетъ существованіе долга что у должника много кредиторовъ и его имущества не хватаетъ для удовлетворенія всѣхъ; что онъ умираетъ; что по смерти его долго не будетъ извѣстна личность наследника; что во время безхозяйности наследства, оно можетъ быть расхищено; наконецъ, что наследникъ самъ несостоятельный должникъ, и потому кредиторъ потерпитъ убытки отъ конкуренціи кредиторовъ самаго наследника. Указанныя выше учрежденія имѣютъ цѣлью устранить эти сомнѣнія кредитора.

Мы рассмотримъ подробнѣе только нѣкоторыя изъ этихъ учрежденій, такъ какъ здѣсь имѣется въ виду не то, чтобы вполне исчерпать эти предметы права, а только на нѣсколькихъ примѣрахъ показать, какъ важна экономическая наука для пониманія этихъ учрежденій.

1. Судебная сила обязательства.

Нѣтъ надобности доказывать, что судебная сила кредитныхъ сдѣлокъ есть существенное условіе кредита. Что римляне понимали *actio* со стороны этого свойства, видно изъ того, что устраненіе *actio* или уничтоженіе и ограниченіе его силы примѣнялось какъ средство въ тѣхъ случаяхъ, когда нужно было задержать образованіе извѣстныхъ кредитныхъ сдѣлокъ. Такъ:

а) объявлены не имѣющими судебной силы, следовательно безусловно ничтожными, всѣ кре-

дѣлѣ сдѣлки жены въ тѣхъ случаяхъ, когда въ этихъ сдѣлкахъ заключалось поручительство жены за мужа ⁶⁵⁾. Сюда же причисляется и тотъ случай, когда жена самостоятельно заключаетъ договоръ (получаетъ кредитъ), чтобы отклонить отъ своего мужа такое обязательство, въ которое иначе онъ непремѣнно вступилъ бы ⁶⁶⁾. Далѣе, ручательства женщинъ вообще объявлены ничтожными, если они не облечены въ составленный официально и подписанный тремя свидѣлями актъ ⁶⁷⁾.

б) Составленные въ надлежащей формѣ ручательства женщинъ все таки недействительны въ силу *S. C. Vellejanum* ⁶⁸⁾, исключая только особенныхъ, прямо поименованныхъ случаевъ. Изъ указанныхъ здѣсь исключеній, мы видимъ настоящее содержаніе и *ratio* этого *S. C.* Онъ не имѣетъ силы:

а) Когда кредиторъ не зналъ о ручательствѣ женщины, и думалъ, что она заключала договоръ сама по себѣ, въ видахъ собственнаго интереса. Отсюда открывается смыслъ *S. C.*: „никто не долженъ вѣрить женщинѣ, когда сдѣлка— поручительство женщины, и убытокъ, постигающій здѣсь кредитора, долженъ быть для него наказаніемъ. Это наказаніе не должно имѣть

⁶⁵⁾ Nov. 134. c. 8. Отсюда *auth.*: *Si qua mulier. C.* (4. 29.)

⁶⁶⁾ L. 8. § 14. D. (16. 1.)

⁶⁷⁾ L. 23. § 2. C. (4. 29.)

⁶⁸⁾ Dig. 16. 1. Cod. 4. 29.: *ad Senatusconsultum Vellejanum.*

мѣста, когда кредиторъ не зналъ о противузаконной цѣли сдѣлки ⁶⁹⁾).

β) Когда поручительницѣ заплачено за ручательство ⁷⁰⁾. Отсюда видно, что цѣль S. C. такова: устранить имущественный вредъ для женщинъ, происходящій отъ поручительства. Слѣдовательно, S. C. не имѣетъ силы, когда женщина не терпитъ убытковъ отъ ручательства.

γ) Когда при поручительствѣ женщина надула кредитора ⁷¹⁾, и

δ) Когда по прошествіи двухъ лѣтъ, женщина снова возобновила свое ручательство ⁷²⁾. Отсюда видно, что S. C. исходитъ изъ того практическаго правила, что женщины при поручительствѣ вообще поступаютъ легкомысленно, безъ оглядки. Но актъ перестаетъ считаться легкомысленнымъ, когда женщина въ теченіи долгаго времени остается при своемъ намѣреніи. Римское право назначаетъ здѣсь двухгодичный срокъ. Точно также не имѣетъ мѣста предположеніе легкомыслія, когда женщина своимъ ручательствомъ хочетъ надуть кредитора:

⁶⁹⁾ L. 12 D. ad. S. C. Vellejanum (16. 1.): Immo tunc locus est Senatusconsulto, cum scit creditor eam intercedere. Павлъ приводитъ еще основаніе: иначе женщинамъ никто не сталъ бы вѣрить вообще: alioquin nemo cum feminis contrahet.

⁷⁰⁾ L. 23. пр. § 1. C. ad. S. C. Vellej. (4. 29.) Въ такомъ случаѣ и форма ручательства безразлична.

⁷¹⁾ Deceptis, non decipientibus opitulatur. L. 2. § 3. D. ad J. C. Vellej. (16. 1.)

⁷²⁾ L. 22. C. eod. Nov. 62. c. 1. § 1. in f.

infirmitas enim feminarum, non calliditas auxilium demeruit ⁷³⁾).

По римскому праву соображеніе интересовъ малолѣтнихъ стоитъ прежде соображеній интересовъ женщинъ. Такимъ образомъ если сталкиваются интересы тѣхъ и другихъ, то женщина отступаетъ предъ minor; относительно малолѣтняго кредитора она не можетъ сослаться на S. C. и должна въ такомъ случаѣ заплатить, по крайней мѣрѣ тогда, когда несостоятельность должника очевидна ⁷⁴⁾. Далѣе, соображеніе легкомыслія женщинъ теряетъ силу предъ правиломъ: *Ne indotata sit mulier*. Слѣдовательно S. C. не имѣетъ силы, когда ручательство дано за назначеніе приданого ⁷⁵⁾. Тутъ, значитъ, римляне изъ двухъ золъ выбираютъ меньшее. Они считаютъ большимъ зломъ безприданность женщины, чѣмъ тотъ вредъ, какой женщина можетъ потерпѣть отъ поручительства.

Дозволеніе отказываться отъ льготъ, предоставляемыхъ S. C. сдѣлало бы его чистой иллюзіей и противорѣчило бы цѣли S. C., которая состоитъ въ наказаніи кредитора. А что S. C. предоставляет и выгоды женщинамъ, это уже прямое послѣдствіе его непосредственной цѣли. Было бы также противорѣчіемъ — съ одной стороны — безъ новаго заявленія со стороны женщины по истеченіи двухъ лѣтъ предполагать, что женщина приняла

⁷³⁾ cit l. 2. § 3.

⁷⁴⁾ L. 12. D. d. minor. (4. 4.)

⁷⁵⁾ L. 12. 25. C. ad. S. C. Vellej. (4. 24.) Сравни. Выпускъ IV. стр. 11, прим. 23.

на себя поручительство съ надлежащей осмотрительностью (сйт. 1. 22. С.), и съ другой стороны дозволить, чтобы при самомъ поручительствѣ можно было отказываться отъ дѣйствія S. C.

Что для женщинъ S. C. *Vellejanum*, то же самое для *filiū familias* S. C. *Macedonianum* ⁷⁶⁾. Искъ по займу противъ *filius familias* недѣйствителенъ. Смыслъ и *ratio* S. C. очевиденъ изъ сдѣланныхъ въ законѣ изъятій, въ которыхъ заемный искъ имѣетъ полную силу. Эти изъятія слѣдующія:

а) Когда заемъ сдѣланъ для удовлетворенія какойнибудь дѣйствительной потребности ⁷⁷⁾. Отсюда видно, что S. C. хочетъ только воспрепятствовать сыновьямъ занимать деньги для мотовства.

б. Когда кредиторъ не зналъ, что занимающій деньги—*filius familias* и ошибка его извинительна ⁷⁸⁾.

Изъ этого видно, что S. C. имѣетъ въ виду наказать кредитора. Вотъ почему *filius familias*, какъ таковой ⁷⁹⁾, не можетъ отказаться отъ S. C.; даромъ что онъ для него выгоденъ; но это не цѣль S. C., а только прямое послѣдствіе непосредственной цѣли.

с) Когда заемъ сдѣланъ съ вѣдома и согласія отца (все равно— дано это согласіе прежде или послѣ займа) ⁸⁰⁾. Отсюда видно, что S. C. изданъ

⁷⁶⁾ Dig. 14, 6. Cod. 4. 281 ad *Senatusconsultum Macedonianum*.

⁷⁷⁾ L. 47. § 1. D. d. solut. (46. 3) L. 7. § 14 ad. SCt. *Macedonianum* (14. 6.)

⁷⁸⁾ L. 3. pr. § 1. eod.

⁷⁹⁾ L. 2. C. eod.

⁸⁰⁾ L. 7. §. 15. D. eod.

въ интересахъ отцовъ. Изъ исторіи мы прямо знаемъ, что цѣль изданія этого *S. C.* было устраненіе раздражительныхъ и даже преступныхъ столкновеній между отцомъ и сыномъ ⁸¹⁾.

Въ *S. C.* прямо выражено, что дѣйствіе его простирается только на денежные займы сыновей ⁸²⁾. Правда всякая покупка на кредитъ есть заемъ ⁸³⁾, но для кредитныхъ покупокъ сына *S. C.* не имѣетъ силы — для этого требуется, чтобы переданная сыну цѣнность имѣла форму денегъ. Для другихъ сдѣлокъ на кредитъ *S. C.* получаетъ силу только въ томъ случаѣ, когда сдѣлка имѣетъ цѣлью обойти *S. C. Si trans senatusconsulto sit agitata* ⁸⁴⁾.

Судебная сила обязательства не вполне обезпечиваетъ кредитора противъ злоумышленности должника, такъ какъ послѣдній злостными растратами своего имущества можетъ устранить дѣйствіе *actio*. Противъ подобныхъ растратъ, если онѣ состоятъ въ дѣйствительномъ уничтоженіи цѣнностей, гражданское право ничего не можетъ сдѣлать ⁸⁵⁾, но можетъ предупредить тѣ растраты, путемъ которыхъ

⁸¹⁾ L. 1. pr. 3. § 3. D. eod.

⁸²⁾ Cit. 1. 3. § 3.—is autem solus senatusconsultum offendit, qui mutuum pecuniam filiofamilias dedit, non qui alios contraxit, puta vendidit, locavit vel alio modo contraxit; nam pecuniae datio pernicioosa parentibus eorum visa est.

⁸³⁾ Выпускъ III. Стр. 45.

⁸⁴⁾ cit. 1. 3. § 3.

⁸⁵⁾ Какъ предупредительныя мѣры противъ злостнаго или неосторожнаго банкротства, уголовное право предлагаетъ наказанія за такія растраты должника.

цѣнность только переходить изъ имущества должника въ массу имущества другаго ⁸⁶⁾. Дареніе и есть такая растрата. Опасеніе кредитора, что должникъ, раздаривши свои цѣнности, можетъ отклонить направленную противъ него *actio*, — это опасеніе устраняется въ римскомъ правѣ особннымъ институтомъ, *actio Pauliana* ⁸⁷⁾. Если должникъ умышленно раздарилъ цѣнности ко вреду кредитора, и вслѣдствіе этого при конкурсѣ кредиторъ не можетъ получить надлежащаго удовлетворенія, то онъ можетъ начать искъ противъ одареннаго о выдачѣ подареннаго предмета со всѣми его принадлежностями, насколько это нужно для его удовлетворенія. Зналъ или не зналъ о такомъ умыслѣ должника одаренный, это все равно для *actio Pauliana* ⁸⁸⁾; съ другой стороны одаренный не отвѣчаетъ за то, что потребилъ изъ подаренной цѣнности *bona fide*. Онъ отвѣчаетъ, значить, *in quantum locupletior factus est* ⁸⁹⁾. Возмездные договоры,

⁸⁶⁾ О различіи «общественно-экономическаго и частно-экономическаго потребленія» смотр. Выпускъ II. Стр. 46.

⁸⁷⁾ Происхожденіемъ своимъ она обязана претору L. 1. пр. l. 10. D. Quae in fraud. creditorum facta sunt, ut restituantur. (42. 8.)

⁸⁸⁾ L. 11. eod.:—si cui donatum est, non est quaerendum, an sciente eo, cui donatum gestum sit, sed hoc tantum, an fraudentur creditores. По мнѣнію Ульпіана, нѣтъ никакой несправедливости въ томъ, что одаренный долженъ отвѣчать, хотя бы онъ принялъ даръ и *in bona fide*,—отъ *actio Pauliana* для него нѣтъ собственно положительнаго убытка—nec videtur injuria affici is, qui ignoravit, quum lucrum extorqueatur, non damnum affligatur. L. 6. § 11. eod.

⁸⁹⁾ Cit. l. 6. § 11. in f.:—in hos tamen, qui ignorantes ab Даневартъ. Этюды.

если только ими не прикрывается дареніе, не затрогивають интереса кредитора; вѣдь здѣсь нѣтъ вообще растраты, потому что отданная цѣнность вознаграждается, хотя и въ другой формѣ. И потому нѣтъ основанія подвергать ответственности контрагентовъ въ томъ случаѣ, если должникъ сдѣлалъ обманъ съ намѣреніемъ превратить данную цѣнность въ такую форму, которая удобнѣе для потребленія или отчужденія, напр. въ форму денегъ. Но *actio Pauliana* римское право предоставляет и противъ контрагента въ томъ случаѣ, если послѣдній причастенъ умыслу должника, т. е. если онъ зналъ, что должникъ заключаетъ съ нимъ возмездную сдѣлку единственно съ цѣлью повредить своимъ кредиторамъ. Такимъ образомъ это знаніе объ умыслѣ — существенное основаніе иска, имѣющаго цѣлью — добиться уничтоженія возмездной сдѣлки. Ответственность контрагента предъ понесшими убытокъ кредиторами есть наказаніе за его *colus*, а потому купившій долженъ возвратить *res emptae*, не имѣя права требовать возвращенія заплаченнаго *pretium*; только въ томъ случаѣ, когда деньги находятся еще въ имуществѣ должника (продавца), они возвращаются контрагенту, — такъ какъ все дѣло здѣсь въ томъ, чтобы оградить кредиторовъ отъ убытковъ⁹⁰⁾. Купившій ни въ какомъ случаѣ не имѣетъ

eo, qui solvendo non sit, liberalitatem acceperunt, hactenus actio erit danda; quatenus locupletiores facti sunt ultra non.

⁹⁰⁾ L. 8 cod.: — Si numi soluti in bonis (debitoris) exstent, jubeat (arbiter) eos reddi, quia ea ratione nemo fraudetur.

exscriptio противъ actio Pauliana⁹¹⁾. Растрата цѣнностей можетъ быть юридическимъ послѣдствіемъ даннаго дѣйствія. Таково принятіе наслѣдства, не стоящаго лежащихъ на немъ долговъ, — тутъ наживаются новыя долги, и не пріобрѣтается соотвѣтствующая имъ цѣнность. Сама собой принимается здѣсь actio Pauliana, когда должникъ in fraudem creditorum принимаетъ неоплатное наслѣдство и тѣмъ дѣйствительно наноситъ ущербъ своимъ кредиторамъ. Можно было бы ожидать, что въ такомъ случаѣ римляне должны предоставить кредиторамъ самого наслѣдника право требовать выдѣленія наслѣдства изъ имущества ихъ должника съ тѣмъ, чтобы имущество это не пошло на удовлетвореніе и кредиторовъ умершаго. Но такая аналогія не принята, хотя и нѣтъ сомнѣнія, что нѣкоторые юристы были въ пользу ея необходимости. Quaesitum est, говорить Ульпіанъ, an interdum etiam heredis creditores possunt separationem impetrare, si forte ille in fraudem ipsorum adierit hereditatem? Sed nullum remedium est proditum; enim imputant, qui cum tali contraxerunt nisi si extra ordinem putamus. Praetorem adversus calliditatem ejus subvenire qui talem fraudem commentus est, quod non facile admissum est⁹²⁾. Нечего и говорить уже, что Римляне еще меньше допускали примѣненіе началъ actio Pauliana для тѣхъ случаевъ, когда должникъ умышленно уклоняется отъ пріобрѣтенія. Quod autem говорить Ульпіанъ,

⁹¹⁾ L. 7. cod.:—quaesitum est, an (creditores) pretium restituere debent? Proculus existimat, omnimodo restituendum esse fundum, etiamsi pretium non solvatur.

⁹²⁾ L. 1. § 5. d. separat. (42. b.)

quum possit aliquid quaerere, non id agit ut quaerat, ad hoc Edictum non pertinet; pertinet enim Edictum ad deminuentes, non ad eos, qui id agunt, ne locupletentur ⁹³⁾).

2. Конкурсъ.

Несостоятельный должникъ, собственно говоря, воленъ платить тому или другому кредитору и такимъ образомъ можетъ предпочесть любого изъ кредиторовъ всѣмъ прочимъ. Между тѣмъ кредиторъ можетъ не только опасаться того, что, въ случаѣ несостоятельности должника, требованіе его можетъ быть не удовлетворено сполна, но по волѣ должника онъ можетъ остаться ни съ чѣмъ. Противъ такой опасности для кредитора гарантія въ томъ, что для него есть юридическая возможность отнять у несостоятельнаго должника распоряженіе своимъ имуществомъ, чтобы имущество это судъ раздѣлилъ между всѣми кредиторами по извѣстному порядку. Такое юридическое положеніе должника называется concursus creditorum, и законно опредѣленный ходъ дѣла отъ открытія конкурса до раздѣленія конкурсной массы называется конкурснымъ процессомъ. Разсмотрѣніе гарантій, какія предоставляетъ этотъ процессъ кредиторамъ, не входитъ въ объемъ нашего изслѣдованія. Но мы предложимъ вопросъ, — какимъ образомъ въ интересахъ кредита можно законно опредѣлить преимущество претензій?

Если мы остановимъ вниманіе на однихъ только

⁹³⁾ L. 6. pr. D. Quae in fraud. cred. (42. 8.)

долговыхъ отношеніяхъ банкрота, то изъ принципа римлянъ, раскрытаго прежде, въ силу котораго предметъ долга матеріально не принадлежитъ уже къ имуществу должника, — изъ этого принципа слѣдуетъ, что кредиторы должны быть поставлены одинъ за другимъ по старшинству ихъ претензій, и тѣ, которыхъ претензіи одновременны по началу, должны быть поставлены рядомъ. Но здѣсь римляне не слѣдовали своему принципу. Въ самомъ дѣлѣ, примѣненіе такого принципа повело бы за собой упадокъ кредита; вѣдь никто не сталъ бы открывать кредитъ, опасаясь, что должникъ быть можетъ имѣть уже многихъ кредиторовъ, и позднѣйшія претензіи могутъ быть ложно показаны заднимъ числомъ. Такимъ образомъ ни къ чему не повелъ бы и конкурсный процессъ. Римляне необходимо должны были, допустить непослѣдовательность, т. е. чтобы конкурсная масса дѣлилась *pro rata*, безъ соображенія старшинства претензій. На этомъ основаніи они были противъ всякихъ *privilegia exigendi*, исключая только тѣ случаи, когда претензія направлялась на ввѣренные предметы и цѣнности, которыя по самому намѣренію контрагентовъ должны были оставаться внѣ состава имущества должника, но по какой нибудь юридической послѣдовательности формально стали составными частями имущества должника; далѣе, когда цѣль претензіи гораздо выше, чѣмъ поддержаніе кредита, куда относятся и претензіи чисто нравственнаго свойства. По первому основанію привилегированными претензіями являются:

Depositum regulare и irregulare ⁹⁴⁾; по второму основанію: 1) претензіи казны изъ за государственныхъ повинностей; 2) издержки по поводу послѣдней болѣзни должника; 3) издержки на похороны; 4) плата прислугѣ (изъ участія къ бѣднымъ людямъ); 5) претензіи состоящихъ подъ опекою противъ ихъ опекуновъ, возникая изъ отношеній опеки. Римское право и нѣмецкая практика ⁹⁵⁾ допустили привиллегіи; но первое безъ особенной надобности расплодило ихъ порядочное количество, и чрезъ это, обезпечивши кредитъ для отдѣльныхъ случаевъ, ⁹⁶⁾ повредило кредиту въ его цѣлости.

Въ другомъ мѣстѣ ⁹⁷⁾ мы доказали, что такъ называемый реальный кредитъ не есть кредитъ, что въ гипотечной претензіи заключается обмѣнъ цѣнностей; въ замѣнъ отданной цѣнности залогоприниматель получаетъ другую. Осуществленіе залоговаго права есть только реализація этой цѣнности, которую и до этого уже можно считать какъ бы выдѣленной изъ имущества должника. Поэтому *actio hypothecaria* имѣетъ характеръ иска о собственности (на цѣнность), и въ случаѣ конкурса надъ должникомъ, залогоприниматель въ извѣстномъ смыслѣ является лицомъ отыскивающимъ свою собственность. Отсюда слѣдуетъ, что самъ по себѣ институтъ ипотеки не подвергаетъ

⁹⁴⁾ Выпускъ III. Стр. 39. 40.

⁹⁵⁾ Пухта Pand. § 248.

⁹⁶⁾ Пухта Pand. § 248. Стр. 381.

⁹⁷⁾ Выпускъ III. Стр. 48. 49.

риску кредитора, и слѣдовательно не можетъ вредно дѣйствовать на кредитъ, т. е. на личный кредитъ. Но такое вліяніе возможно при дурномъ гипотечномъ устройствѣ и гипотечномъ правѣ, какъ это было и у Римлянъ. Кредиту можетъ вредить неизвѣстность установленной ипотеки. Никто не станетъ вѣрить другимъ, опасаясь, что быть можетъ уже существуютъ ипотеки, а ручательство въ противномъ — только увѣренія, да честность должника. Это неудобство вполне устраняется только системой публичности и поименнаго⁹⁸⁾ обозначенія закладныхъ правъ на поземельные участки, и уничтоженіемъ закладнаго права на движимыя вещи.

3. Ответственность наследника.

Первоначально обязательственное отношеніе у римлянъ могло быть только личнымъ. Должникъ отвѣчалъ своей личностью, но не своимъ имуществомъ, и со смертію его прекращалось и обязательственное отношеніе. Прямое слѣдствіе отсюда то, что кредитъ вообще былъ туго, предоставлялся на короткое время и за высокую страховую премію. Мало по малу образовалось другое воззрѣніе: должникъ отвѣчаетъ своимъ имуществомъ. Является понятіе *aes alienum*⁹⁹⁾, т. е. представленіе, что пѣнность, которую должны, въ матеріальномъ отношеніи не принадлежить къ составу

⁹⁸⁾ Такіе порядки введены въ Мекленбургъ и доведены до извѣстной степени совершенства.

⁹⁹⁾ Выпускъ III. Стр. 51.

имущества. Имущество составляют bona, quae deducto aere alieno supersunt ¹⁰⁰). Имущество покойного составляют, значить, только тѣ цѣнности, какія остаются за вычетомъ долговъ. Прямое послѣдствіе такого воззрѣнія — отвѣтственность наслѣдника за долги покойного въ той мѣрѣ, на сколько хватаетъ наслѣдства. Только въ этой мѣрѣ гарантируетъ удовлетвореніе кредиторовъ правило: actiones dantur in heredes ¹⁰¹). Но отвѣтственность и собственнымъ имуществомъ за долги умершаго, отвѣтственность, вытекающую изъ идеи полнаго представительства умершаго, heredes necessarii могутъ устранить посредствомъ beneficium abstinendi, a heredes voluntarii, — посредствомъ beneficium inventarii ¹⁰²).

4. Hereditas jacens.

Безсмертность лица, какъ субъекта имущества, есть существенный моментъ для поддержанія кредита. Вотъ почему римляне не допускаютъ никакого промежутка между моментомъ смерти и моментомъ принятія наслѣдства наслѣдниками, и фактическую невозможность этого въ дѣйствительности они устраняютъ фивціей, будто наслѣдникъ принимаетъ наслѣдство въ самый моментъ смерти наслѣдодателя ¹⁰³). Отсюда уже слѣдуетъ, что всѣ перемѣны, какія только могутъ

¹⁰⁰) Eod. Note 162.

¹⁰¹) L. 49. D. d. O. et A. (44. 7.)

¹⁰²) Пухта, Pand. § 500. 508.

¹⁰³) L. 54. D. d. acq. hered. (29. 2.)

совершиться въ *hereditas jascens*, разсматриваются какъ бы наступившими въ послѣдній моментъ жизни покойнаго. Такова фикція, которую принимали римляне. Этой фикціей они не продолжали жизни *defunctus* до принятія наслѣдства; а относили вступленіе въ наслѣдство, а слѣдовательно и все, что совершилось до этого вступленія, къ послѣднему моменту жизни наслѣдодателя¹⁰⁴). Фикція состоитъ, значить, въ предположеніи, будто *defunctus* пережилъ всѣ перемѣны, коснувшіяся *hereditas jascens*. Я развилъ это воззрѣніе въ другомъ мѣстѣ¹⁰⁵).

5. *Beneficium separationis*.

Каждый кредиторъ можетъ опасаться, что въ случаѣ смерти должника, его наслѣдникъ можетъ оказаться несостоятельнымъ, и пожалуй онъ понесетъ убытки отъ конкуренціи кредиторовъ самаго наслѣдника. Но римское право предоставляетъ кредиторамъ умершаго такъ называемое *beneficium separationis*. Кредиторы могутъ требовать, чтобы масса наслѣдства была отдѣлена

¹⁰⁴) Этому же съ другой стороны, соответствуетъ и другая фикція—что завѣщаніе есть послѣдняя воля покойнаго и потому относится къ послѣднему моменту его жизни. Составленіе завѣщанія, смерть и принятіе наслѣдства,— всѣ эти три момента юридически считаются слѣдующими другъ за другомъ. безъ всякаго перерыва.

¹⁰⁵) См. мою статью *negotiorum gestio*, Стр. 29. Note 14. Сравни. Плеттеръ *Annalen*, 1856. Bd. II. Выпускъ 2. Критикъ отдастъ все значеніе Note 14. Но странно, что Кемпъ въ своей статьѣ: *die Erbschaft*, на стр. 84 совершенно игнорировалъ эту Note.

отъ имущества самого наслѣдника, и изъ этой массы имъ однихъ было сдѣлано удовлетвореніе. Это постановленіе введено преторскимъ эдиктомъ. Sciendum est, говорить Ульпіанъ, *separatio: em solere impetrari decreto Praetoris. Solet autem separatio permitti creditoribus ex his causis, ut puta: debitorem quis Sejum habuit, hic decessit, heres ei exstitit Titius, hic non est solvendo, patitur bonorum venditionem; creditores Seji dicunt bona Seji sufficere sibi, creditores Titii contentos esse debere bonis Titii et sic quasi duorum fieri bonorum venditionem; fieri enim potest, ut Sejus quidem solvendo fuerit, potueritque satis creditoribus s is, vel ita semel, etsi non in assem, in aliquid tamen, satisfacere, admissis autem commixtisque creditoribus Titii minus sint consecuturi, quia ille n n est solvendo aut minus consequantur, quia plures sunt; hic est igitur aequissimum, creditores Seji desiderantes separationem audiri, impetrareque a Praetore, ut separatim, quantum cujusque creditoribus praestetur ¹⁰⁶⁾*. Но полной гарантія противъ несостоятельности наслѣдника *beneficium separationis* не предоставляетъ кредиторамъ умершаго. Прежде всего такая неполнота гарантіи въ слѣдующемъ положеніи: *Quae bona fide medio tempore per heredem gesta sunt, rata conservari solent ¹⁰⁷⁾*. Наслѣдникъ въ правѣ распоряжаться наслѣдствомъ до тѣхъ поръ, пока кредиторы не потребуютъ *separatio*, лишь бы онъ не дѣйствовалъ *in fraudem creditorum defuncti. Ab herede vendita*

¹⁰⁶⁾ L. 1. pr. § 1. D. d. separationibus. (42. 6.)

¹⁰⁷⁾ Eod. L. 2.

hereditate separatio frustra desiderabitur; utique si nulla fraudis incurrat suspicio¹⁰⁸⁾. Затѣмъ право требовать separatio ограничивается пятилѣтней давностью¹⁰⁹⁾. Quod dicitur, post multum temporis separationem impetrari non posse, ita erit accipiendum, ut ultra quinquennium, post aditionem numerandum separatio non postuletur¹¹⁰⁾.

Что beneficium separationis служить къ поддержкѣ кредита, въ этомъ не можетъ быть и сомнѣнія, хотя съ другой стороны мотивомъ къ его введенію была справедливость.

¹⁰⁸⁾ Cit. 1. 2.

¹⁰⁹⁾ L. 1. 5. 13. eod.

¹¹⁰⁾ Видно, что давностный срокъ былъ первоначально неопредѣленный и зависѣлъ отъ усмотрѣнія суда.

II

Цѣнность. Общія цѣнности. Communio и его прекращеніе.

Прежде мы имѣли случай говорить, что всякое имущество можно представлять какъ абстрактную цѣнность, и что въ этой именно цѣнности, а не въ ея видѣ и формѣ, заключается сущность имущества. Мы выставили также на видъ, что и римляне пришли къ такому воззрѣнію ¹¹¹⁾.

Изъ этого далѣе слѣдуетъ вотъ что. Абстрактная цѣнность, выраженная извѣстной суммой денегъ, всегда дѣлима. Слѣдовательно, возможенъ такой случай, что нѣсколько абстрактныхъ цѣнностей принадлежать къ имуществу нѣсколькихъ лицъ, тогда какъ самый объектъ, представляющій сумму этихъ цѣнностей, можетъ быть нераздѣленъ или даже и вовсе не допускаетъ дѣленія.

Когда такой объектъ погибаетъ, слѣдовательно

¹¹¹⁾ Выпускъ 1. Стр. 17.

становится безцѣннымъ, то потеря необходимо касается всѣхъ участниковъ. Напротивъ, если только изменяется цѣнность, т. е. падаетъ или повышается мѣновая цѣнность такого объекта, то можетъ наступить двоякое послѣдствіе, определенное договоромъ или закономъ. Слѣдствіемъ такого измѣненія можетъ быть то, что не всѣ соучастники теряютъ или выигрываютъ; но съ другой стороны, всѣ соучастники могутъ потерпѣть убытковъ или получить выгоду. Въ послѣднемъ случаѣ, объектъ, въ которомъ концентрируются многія цѣнности, называется общимъ, а самое отношеніе соучастниковъ другъ къ другу называется товариществомъ (communio).

Поэтому нужно различать общность имущества въ обширномъ смыслѣ и товарищество въ болѣе тѣсномъ смыслѣ. Общій признакъ, связывающій оба эти понятія, состоитъ въ томъ, что при гибели объекта потеря падаетъ на всѣхъ участниковъ. Признакъ же, отличающій обязанность отъ товарищества, состоитъ въ томъ, что только при товариществѣ измѣненіе цѣнности бываетъ убыточно или выгодно для всѣхъ участниковъ.

Такимъ образомъ къ понятію товарищества относится:

1) Соединеніе въ одномъ и томъ же объектѣ многихъ цѣнностей, принадлежащихъ разнымъ лицамъ. Отсюда слѣдуетъ, что если на данную вещь А принадлежитъ собственность, а В — принадлежитъ собственность на производительныя качества этой вещи, то чрезъ это между А и В не устанавливается товарищество, потому что, какъ мы

видѣли прежде ¹¹²⁾, вещь и ея производительныя качества—это различные объекты. Поэтому владѣлец эмфитевтический, владѣлец суперфициарный, имѣющій сервитутъ, не состоятъ въ товариществѣ съ собственникомъ вещи. Поэтому возможна общность или только относительно самой вещи, или же только относительно ея производительныхъ качествъ. Но А и В могутъ имѣть сообща вещь, С и Д могутъ сообща имѣть производительныя качества той же вещи. Если смотрѣть на вещь и ея производительныя качества, какъ на абстрактныя цѣнности ¹¹³⁾, то можно сказать: чрезъ то, что А имѣетъ мѣновую цѣнность, а В цѣнность употребленія той же вещи, между А и В не устанавливается никакого товарищества; но А и В могутъ сообща имѣть мѣновую цѣнность, С и Д могутъ сообща имѣть цѣнность употребленія той же вещи.

Въ понятію товарищества относится далѣе:

2) Если измѣняется мѣновая цѣнность общаго объекта, то соответствующая этому потеря или выигрышъ пропорціонально касается всѣхъ участниковъ. Поэтому установленіе ипотеки не связываетъ товарищества между залого-принимателемъ и собственникомъ заложенного объекта. Въ самомъ дѣлѣ, здѣсь, не смотря на то, что цѣнности кредитора и должника соединяются въ одномъ объектѣ, но если падаетъ или поднимается мѣновая цѣнность этого объекта, то залого-при-

¹¹²⁾ Выпускъ II, стр. 5.

¹¹³⁾ Сравни. Выпускъ II. стр. 8.

ниматель ничего не теряет и не выигрываетъ. По той же причинѣ не состоятъ между собой въ товариществѣ *prior* и *posterior creditor*.

• 3) Нѣсколько цѣнностей, принадлежащихъ разнымъ лицамъ, должны соединяться въ одномъ и томъ же объектѣ. Такимъ образомъ, въ случаѣ открытія конкурса между кредиторами не происходитъ никакого товарищества относительно конкурсной массы. Въ самомъ дѣлѣ, по римскому праву, конкурсный должникъ не перестаетъ быть субъектомъ имущества и теряетъ только распоряженіе; само государство продаетъ массу и дѣлитъ выручку между кредиторами въ законно опредѣленномъ порядкѣ.

Римскіе юристы не занимались анализомъ понятія товарищества; они просто предполагали извѣстнымъ понятіе: *res inter aliquos communis*. Отсюда послѣдствіе, невыгодное съ двухъ сторонъ. Вопервыхъ, римскіе юристы не могли провести между *communio* и подобными ему отношеніями такой рѣзкой границы, какъ это сейчасъ сдѣлали мы. Въ вторыхъ, они не могли распознать логическую связь между *communio* и его основаніями, такъ какъ они и не догадывались, что существуетъ высшее понятіе „общности цѣнностей“, которымъ подводятся подъ одну точку *communio* и его аналогія.

Почти нѣтъ надобности и говорить, что товарищество вовсе не условливается одной общностью цѣли, для которой затрачивается имущество многихъ лицъ (быть можетъ соединенное для этого фактически). Если такимъ образомъ по за-

кону, договору и т. п. имущество обоихъ супруговъ назначено для уплаты ихъ общихъ долговъ, то отъ этого еще не образуется между супругами товарищество, т. е. можно вполне достигнуть общей цѣли и безъ того, чтобы вещи супруговъ становились *res communes*. Точно также существованіе промышленнаго общества ¹¹⁴⁾ не устанавливаетъ между *socii* товарищества относительно тѣхъ частей капитала (поземельныхъ участковъ, строеній, запасовъ), которыя внесены участниками общества; общая цѣль (производство) вполне можетъ быть достигнута и безъ того, чтобы эти предметы капитала стали *res communes* между участниками. Съ другой стороны *communio* относительно предметовъ капитала возможно и въ промышленномъ обществѣ, только для этого нужны особые привходящіе моменты, лежащіе внѣ сущности промышленнаго общества, и всегда ведущіе за собой *communio*.

Никогда право не можетъ установить *communio* тамъ, гдѣ по самому смыслу, т. е. по экономическимъ условіямъ, оно невозможно; но бываютъ случаи, когда право игнорируетъ экономически-существующее *communio*. Въ такихъ случаяхъ товарищество или уничтожается въ самый моментъ своего возникновенія, и по опредѣленію закона дѣлежъ совершается такъ, что соединенныя цѣнности участниковъ снова раздѣляются *realiter*. Или же для одного или нѣсколькихъ участниковъ наступаетъ дѣйствительная экспроприация, и на

¹¹⁴⁾ Сравни. Выпускъ I. стр. 21 слѣд.

мѣсто утеранной цѣнности является право на вознагражденіе; развѣ уже по особеннымъ основаніямъ устраняется и это право на вознагражденіе. Къ этому вопросу мы возвратимся еще послѣ.

Такъ какъ цѣнность *rei communis* подлежитъ измѣненіямъ, то чтобъ опредѣлить точно и неизмѣнно часть каждаго участка, часть эта выражается въ доляхъ объекта, принимаемаго за одно цѣлое (=1). Такъ говорятъ, напр., часть товарища $\frac{1}{2}$, $\frac{1}{3}$, $\frac{1}{4}$ и т. д. и этимъ устраняются недоразумѣнія въ томъ случаѣ, когда *res communis* возвышается или падаетъ въ цѣнѣ. Опредѣленные такимъ образомъ части—нѣчто идеальное (мысленное), и потому о такихъ участникахъ римскіе юристы говорятъ: *partes intellectu habent*¹¹⁵).

Такъ какъ при всякомъ товариществѣ общій объектъ представляетъ собой сумму цѣнностей, то по этому предметомъ товарищества могутъ быть только вещи, имѣющія цѣну. Далѣе, такъ какъ всѣ составныя части имущества суть цѣнности, то изъ этого слѣдуетъ, что предметомъ товарищества можетъ быть все, что можетъ входить въ составъ имущества, значитъ все, что понимаютъ римляне подъ *bona naturalia* и *bona civilia*. Такимъ образомъ въ составъ товарищескаго объекта могутъ входить сельскіе сервитуты, потому что они могутъ быть передаваемы вмѣстѣ съ *praedium dominans* и

¹¹⁵) L. 5. D. stip. serv. (45. 3.) Сравни. L. 66 D. delegat. (II): —plures in uno fundo dominium juris intellectu, non divisione obtinent.

вмѣстѣ съ тѣмъ могутъ имѣть цѣну; точно также въ составъ товарищескаго объекта можетъ входить и *ususfructus*, потому что и онъ, хотя самъ по себѣ не можетъ быть переданъ, служить источникомъ цѣнностей. Но *usus*, по самому понятію, исключается изъ объектовъ товарищества. Но римскіе юристы допускаютъ и *communis usus*. Такую аналогію, противорѣчащую понятію и *usus* и *communis*, они оправдываютъ необходимостью, говоря: *propter necessitatem fit* ¹¹⁶⁾. Тутъ они, кажется, имѣли въ виду тотъ случай, когда *usus* отказанъ двумъ лицамъ по легату, и вотъ, чтобы спасти силу предсмертнаго распоряженія, они допустили непослѣдовательность, которая иначе была бы бессмысленной и потому безсильной.

Само собой понятно, что предметомъ товарищества можетъ быть и все имущество нѣсколькихъ лицъ. Такое товарищество римляне называютъ *communio omnium* или *universorum bonorum* ¹¹⁷⁾.

¹¹⁶⁾ L. 10. § 1. D. Communi div. (10. 3.): Si usus tantum noster sit, qui neque venire neque locari potest, quemadmodum divisio potest fieri in communi dividundo iudicio videamus. Sed Praetor interveniet et rem emendabit, et si iudex alteri usum adjudicaverit non videatur alter, qui mercedem accepit, non uti, quasi plus faciat, qui videtur frui, quia hoc propter necessitatem fit.

¹¹⁷⁾ Не лишне замѣтить, что при *communio omnium bonorum* предметомъ *communio* является имущество не какъ цѣлое, не какъ совокупность цѣнностей, но каждая матеріальная и нематеріальная часть имущества считается предметомъ *communio*, такъ что выраженіе *communio omnium bonorum* слѣдуетъ принимать какъ собирательное обозначеніе, которымъ заразъ выражается множество *com-*

Исторія товарищества есть отчасти исторія его предмета, а послѣдняя необходимо идетъ въ параллель съ постепеннымъ развитіемъ понятія имущества. Нѣтъ сомнѣнія, что древнѣйшими предметами товарищества были объекты собственности, вещи, и между ними поземельные участки (съ сельскими сервитутами или безъ нихъ). Только съ расширеніемъ понятія имущества мало по малу расширяется и кругъ предметовъ товарищества.

Товарищество можетъ возникнуть троякимъ образомъ:

1) Нѣсколько цѣнностей, входящихъ въ составъ имущества различныхъ лицъ, соединяются въ одномъ и томъ же объектѣ.

2) Нѣсколько лицъ, вслѣдствіе одного и того же факта, приобрѣтаютъ цѣнности, которыя до этого соединены были въ одномъ и томъ же объектѣ.

3) Кто нибудь принадлежащую ему исключительно цѣнность превращаетъ въ цѣнность общую и для другихъ лицъ.

Товарищество можетъ выходить изъ наміренія

muniones. А это имѣетъ важное практическое послѣдствіе, на которое мы здѣсь же и укажемъ: именно *actio communi dividundo* должна быть вчинаема столько разъ, сколько останется нераздѣленныхъ предметовъ. Иначе бываетъ при конкуренціи нѣсколькихъ наслѣдниковъ относительно имущества умершаго. Здѣсь наслѣдство, *hereditas*, составляетъ нематеріальное цѣлое, а потому и наслѣдникамъ нѣтъ надобности начинать нѣсколько разъ *actio familiae herciscundae* относительно остальныхъ нераздѣленныхъ предметовъ. L. 4. § 2. D. *communio divid.* (10. 3.) Сравни: L. 20. § 4. D. *Famil. herc.* (10. 2.)

*

участниковъ, слѣдовательно можетъ основываться на договорѣ; но можетъ возникнуть и помимо воли участниковъ. Въ послѣднемъ случаѣ римляне говорятъ: *incidimus in communione* ¹¹⁸⁾.

1) Договоръ, по которому возникаетъ товарищество, принадлежитъ къ разряду договоровъ, извѣстныхъ у римлянъ подъ именемъ *societas*, и бываетъ или *societas rei unius* или *omnium bonorum* ¹¹⁹⁾. *Societas*, о которой идетъ здѣсь рѣчь, имѣетъ непосредственной и единственной цѣлью *Communio*, такъ что, какъ скоро извѣстные предметы стали товарищескими, то съ этимъ вмѣстѣ вполне достигнута и цѣль *societas*. Такое товарищество существенно отличается отъ той формы, которую мы называли прежде промышленнымъ обществомъ, и не можетъ быть рассматриваемо съ той же точки зрѣнія, какъ и промышленное общество ¹²⁰⁾.

Тотъ, кто свою собственную вещь превращаетъ въ *res communis*, чрезъ это затрачиваетъ и передаетъ цѣнность; и потому онъ не станетъ этого дѣлать даромъ, т. е. не рассчитывая получить цѣнность, соответствующую его затратѣ. Такое вознагражденіе совершается различнымъ образомъ. Напр. *socius* А превращаетъ свой домъ, стоящій 10, въ *res communis*, а *socius* В платитъ ему за это наличными деньгами 5. Но можетъ быть и иначе: В съ своей стороны превращаетъ въ

¹¹⁸⁾ L. 31. Dig. Pro Socio. (17. 2.)

¹¹⁹⁾ L. 5. D. cod.

¹²⁰⁾ А этимъ грѣшатъ всѣ учебники.

res communis свой участок, одинаковой цѣны съ домошъ. Отсюда видно, что если оба socii, каждый съ своей стороны, превращаютъ въ res communes объекты собственности, то въ такомъ случаѣ происходитъ общій цѣнностей. При этомъ здѣсь отчасти возможно и дареніе, если представляемые той или другой стороной предметы неравноцѣнныхъ, подобно тому, какъ это бываетъ и тогда, когда вещь продается ниже ея цѣны cum animo donandi. Далѣе, вступленіе въ communio всегда имѣетъ характеръ рискованной сдѣлки, потому что несчастные случаи, постигающіе res communes одинаково невыгодны для всѣхъ участниковъ. Особенно такой характеръ имѣетъ societas universorum bonorum, потому что здѣсь должно становиться общимъ и то имущество, которое можетъ пріобрѣсть socius впоследствии, и въ этомъ случаѣ одинъ socius можетъ много выиграть отъ удачъ и дарованій другаго.

Заключая Communio regum, socii могутъ имѣть въ виду только одну практическую цѣль устранить одностороннее распоряженіе одного изъ socii¹²¹⁾).

2) Communio можетъ возникнуть и независимо отъ воли участниковъ по различнымъ основаніямъ.

а) Communio можетъ быть прямымъ послѣдствіемъ естественнаго закона. Предметы, принадлежащіе различнымъ лицамъ, вслѣдствіе естественнаго закона соединяются между собою такъ, что раздѣленіе и возстановленіе въ своихъ фор-

¹²¹⁾ L. 28. D. Comm. div. (10. 3.)—: in re communi neminem dominorum jure facere quidquam invito altero posse.

махъ становится невозможнымъ для этихъ предметовъ; напр. случайно сливаются между собой жидкости, принадлежащія разнымъ лицамъ ¹²²⁾. Но и чрезвычайную затруднительность раздѣленія право должно считать невозможностью, если оно не хочетъ потерять практическое значеніе. Такая невозможность раздѣленія существуетъ для права въ томъ случаѣ, если напр. слившіяся жидкости или сплавившіеся металлы могутъ быть раздѣлены только путемъ химическаго анализа. Но не смотря на то, что нѣкоторые римскіе юристы и держались такого взгляда ¹²³⁾, римское юстиниановское право приняло противоположный взглядъ, т. е. что въ такихъ случаяхъ не возникаетъ *communio* ¹²⁴⁾.

Нѣтъ ничего удивительнаго, что по тѣмъ же практическимъ соображеніямъ право рассматриваетъ и смѣшеніе предметовъ какъ сліяніе, если смѣшанные предметы не могутъ быть распознаны по своей индивидуальности. Напр. если смѣшиваются между собой хлѣбныя зерна одного вида и ка-

¹²²⁾ L. 3. § 2. D. d. R. V. (6. 1.):—Pomponius scribit; si quid, quod ejusdem naturae, est ita confusum est atque commixtum, ut diduci et separari non possint, non totum sed pro parte esse vindicandum; ut puta, meum et tuum argentum in massam redactum est, erit nobis commune et unusquisque pro rata ponderis, quod in massa habemus vindicabimus.

¹²³⁾ — Si ex melle meo vino tuo factum sit mulsum, quodam existimasse id quoque communicari, L. 5. § 1. D. eod.

¹²⁴⁾ L. 5. § 1. eod.—.... non erit ea nostra communis,.... quia ab artificibus separari et in pristinam materiam reduci solet. Callistratus in 1. 12. § 1. d. A. R. D. (41. 1.)

чества ¹²⁵). Въ практическомъ отношеніи было бы полезно, если бы также право смотрѣло на тотъ случай, когда смѣшанныя количества хотя и могутъ быть распознаны, но ихъ раздѣленіе невозможно фактически; напр. если количество пшеницы смѣшивается съ количествомъ гороха, или же съ пшеницей различнаго качества. Но римскіе юристы не допускаютъ здѣсь товарищества, и это тѣмъ удивительнѣе, что истецъ въ такомъ случаѣ долженъ удовлетвориться только цѣной хлѣба, такъ какъ возвращеніе его зеренъ *in natura* невозможно фактически.

Наравнѣ съ *casu* считается и тотъ случай, когда сліяніе или смѣшеніе предпринято однимъ изъ соучастниковъ ¹²⁶).

b) Товарищество можетъ возникнуть въ силу прямого опредѣленія закона. Сюда относится тотъ случай, когда одинъ и тотъ же предметъ отказанъ по завѣщанію нѣсколькимъ лицамъ. Далѣе, когда нѣсколько лицъ *ipso jure* наследуютъ иму-

¹²⁵ L. 78. D. d. solut. (46. 3). Сравни. § 28. J. d. rer. divis. (2, 1.): Quodsi frumentum Titii frumento tuo.... casu mixtum fuerit,.... non videtur commune esse. Здѣсь имѣется въ виду тотъ случай, когда смѣшанные зерна по крайней мѣрѣ различны по качеству, и потому могутъ быть распознаны. Это видно изъ заключительныхъ словъ: *ipse aestimet (iudex) quale cujusque frumentum fuerit*. Нѣтъ также никакого основанія смотрѣть на смѣшеніе зеренъ иначе, чѣмъ на смѣшеніе денегъ (cit. l. 78).

¹²⁶ Cit. §. 28. J. d. rer. div. (2. 1.):—si casu id mixtum fuerit vel Titius id miscuerit sine tua voluntate. Въ другомъ мѣстѣ мы говорили, какъ рассматривается выдѣлка продукта изъ чужаго матеріала. Выпускъ I. Стр. 29. слѣд.

щество умершаго. Въ самомъ дѣлѣ, что предметъ, принадлежащій къ имуществу умершаго, становится *res communis* для опредѣленныхъ лицъ—это предполагаетъ юридическая возможность предсмертнаго распоряженія,—и возможность сингулярнаго преемства; что все имущество лица тотчасъ съ его смертью можетъ стать *res communis*, это предполагаетъ юридическій институтъ *heredes necessarii*.

с) Товарищество можетъ быть слѣдствіемъ чисто экономическаго возрѣнія. Напр. А на свой счетъ починаетъ домъ, принадлежащій В, значитъ влагаетъ въ этотъ домъ цѣнность, которую затрачиваетъ изъ своего имущества. Въ экономическомъ отношеніи здѣсь то же товарищество, такъ какъ цѣнность, принадлежавшая А, теперь соединена съ домомъ В.

Въ такихъ случаяхъ обыкновенно представляется вопросъ, держится ли и право этого экономическаго возрѣнія, отразилось ли такое возрѣніе въ развитіи права ¹²⁷⁾?

д) Товарищество можетъ быть слѣдствіемъ компанейскаго договора. Такъ при промышленномъ обществѣ всѣ добытые продукты—*res communes*, потому что въ каждомъ продуктѣ соединяются цѣнности разныхъ *socii*, цѣнность работы одного *socius* и капиталъ другаго *socius*.

Исторія товарищества есть отчасти исторія его происхожденія. Нѣтъ сомнѣнія, что *communio incidens* древнѣе, такъ какъ договорная *communio* предполагаетъ предпріимчивость. Между товари-

¹²⁷⁾ Сравн. ниже.

ществами, возникающими независимо от воли участников, самая древнѣйшая форма — общее наследство, и можно сказать не колеблясь, эта форма современна началу исторіи народовъ.

Возможность прекращенія всякаго товарищества вытекаетъ изъ его понятія. Договоръ, устраняющій такую возможность, былъ объявленъ римлянами ничтожнымъ и недѣйствительнымъ. Въ настоящее время бываютъ однако же товарищества, которыя неразрушимы въ силу самаго договора, такъ что отдѣльный *socius* не имѣетъ права требовать прекращенія. Такое товарищество возникаетъ въ томъ случаѣ, когда капиталисты соединяются въ акціонерное общество, чтобы произвести продуктъ, который за тѣмъ долженъ служить постояннымъ капиталомъ для продолжительнаго промышленнаго предпріятія. Точно также неразруσιμο товарищество, предметъ котораго — желѣзная дорога, выстроенная на акціяхъ. Въ этомъ случаѣ не нужно даже прямо выраженнаго условія — договоръ о неразрушимости товарищества подразумѣвается самъ собою ¹²⁸).

Прекращеніе товарищества совершается чрезъ раздѣленіе цѣнностей, соединенныхъ въ общемъ объектѣ. Это возможно:

1) Посредствомъ фактическаго раздѣла самого общаго объекта. Понятіе раздѣла ограничивается матеріальными предметами; раздѣлъ идеальныхъ предметовъ немыслимъ. Но можно говорить о дѣлимости идеальныхъ предметовъ, когда эти пред-

¹²⁸) Сравни. Тель, *Handelsrecht* Bd. I. Стр. 47.

иеты ничто иное, какъ знаки, представляющіе собой матеріальные предметы. Такъ въ математикѣ извѣстно дѣленіе цифръ и буквъ, въ юриспруденціи—дѣлимость идеальныхъ *bona civilia* или правъ, такъ какъ они ничто иное, какъ суррогаты матеріальныхъ предметовъ. Такъ существуетъ дѣлимость права вслѣдствіе дѣлимости его объекта, и дѣленіе права состоитъ въ томъ, что дѣлится самый предметъ, и каждому участнику товарищества опредѣляется право на часть или относительно части.

Такимъ образомъ могутъ быть дѣлимы не только *res communes*, но и общая *bonae fidei possessio* ¹²⁹⁾ данной вещь, общее право залога ¹³⁰⁾; общее право требованія ¹³¹⁾ на данную вещь, общее *hereditas* ¹³²⁾. Вещь, приобрѣтенная *ex justo titulo* и *bona fide*, подвергается раздѣлу, и каждому участнику опредѣляется часть во владѣніе, такъ что каждому участнику предоставляется *actio Publiciana* относительно полученной имъ части, и онъ становится *in conditionem usucapiendi*. Точно также дѣлится и *res pignorat*; каждому участнику товарищества (кредитору) предоставляется закладное право на извѣстную часть; дѣлится и право требованія,

¹²⁹⁾ L. 7. § 2. D. comm. divid. (Ol. 3.): Qui in rem Publicianam habent, etiam communi dividundo iudicium possunt exercere.

¹³⁰⁾ Si duo sint, qui rem pignori acceperunt, aequissimum esse, utile communi dividundo iudicium dari. cit. 1. 7. § 6.

¹³¹⁾ L. 6. c. fam. hercisc. (3. 36.)

¹³²⁾ Tit. Dig. 10. 2. Cod. 3. 36. Familiae herciscundae.

каждому участнику товарищества предоставляется actio на известную часть предмета претензии; дѣлится hereditas — т. е. дѣлятся вещи, составляющія наслѣдство, и каждому наслѣднику предоставляется право на известную часть каждой наслѣдственной вещи.

Если объектъ общаго права не матеріальнаго свойства, какъ и само право, то дѣленіе права не можетъ имѣть мѣста. Сюда относятся всѣ права, объектъ которыхъ — производительное качество вещи или рабочая сила, будутъ ли они iuga in re или права требованія, имѣющія своимъ объектомъ uti frui на вещи или рабочую силу¹³³⁾). Римляне правда признаютъ дѣлимость эмфитевтическаго права¹³⁴⁾; но это воззрѣніе не юридическое, а чисто практическое, основанное на томъ, что содержаніе эмфитевтическаго права почти поглощаетъ содержаніе собственности; римляне считаютъ здѣсь объектомъ права не производительныя качества fundi (uti frui), а самый fundus, разсматриваютъ самый fundus какъ res communis. Для устраненія коллизіи правъ пользованія, принадлежащихъ нѣсколькимъ товарищамъ, можно, какъ выражаются римляне, раздѣлить fundus regionibus, т. е. предоставить въ пользованіе каждому участнику опредѣленную часть объекта пользованія. Но право тутъ не дѣлится и товарищество продолжаетъ существовать. Такъ бываетъ при ususfructus на

¹³³⁾ Коллизіи при осуществленіи правъ пользованія могутъ быть устраняемы посредствомъ divisio loco et tempore.

¹³⁴⁾ Cit. l. 7. pr. Communi dividundo iudicium locum etiam habent in vectigali agro.

fundus, когда fundus этот дѣлится regionibus между участниками ¹³⁵⁾).

Для прекращенія товарищества посредствомъ раздѣла общаго объекта существуютъ нѣкоторыя ограниченія. Такой раздѣлъ можетъ:

а) повести за собой уничтоженіе всей общей цѣнности, напр. раздѣлъ общаго раба или животнаго;

б) можетъ повести за собой значительное уменьшеніе общей цѣнности.

Цѣнность нераздѣльнаго общаго объекта не рѣдко гораздо выше, чѣмъ цѣнности частей того же объекта, взятыхъ въ цѣлости. Напр. благородный камень гораздо дороже чѣмъ части, на которыя онъ дѣлится. Поземельный участокъ часто гораздо дороже, чѣмъ части этого участка, взятыхъ вмѣстѣ,

с) Иногда невозможно бываетъ раздѣлить вещь такъ, чтобъ всѣ части ея были равноцѣнны, даромъ что взятыхъ вмѣстѣ онѣ какъ разъ составляютъ цѣну цѣлаго. Такъ бываетъ при раздѣлѣ поземельнаго участка, если участокъ этотъ отличается разнообразной почвой.

д) Раздѣлъ объекта можетъ быть хоть и не то, чтобъ уже невозможнымъ безусловно, но можетъ быть до того затруднительнымъ въ практическомъ отношеніи, что эта затруднительность равняется невозможности. Таковъ былъ бы раздѣлъ извѣстнаго количества общихъ потребляемыхъ вещей. Невозможно фактически раздѣлить какъ разъ по ровну всѣ зерна, составляющія шеффель хлѣба. Въ такихъ случаяхъ невозможно прекращеніе communiō

¹³⁵⁾ Cit. I. 7. § 10.

посредствомъ раздѣла общаго объекта (вещи, права). Если общимъ объектомъ будутъ зерна, которыя, очевидно, не имѣютъ индивидуальной цѣны, то общимъ объектомъ считается все количество, которое всегда можетъ быть раздѣлено между участниками по количеству, мѣрѣ, вѣсу. Въ другихъ случаяхъ возможенъ раздѣлъ только цѣны, если берется во вниманіе одинаково интересъ всѣхъ участниковъ. Такимъ образомъ:

2) Общій объектъ можно посредствомъ мѣны превратить въ такой предметъ, который впервыхъ можетъ быть раздѣленъ удобно, и во вторыхъ имѣетъ ту особенность, что самыя мелкія части его, взятая вмѣстѣ, постоянно равняются цѣнѣ цѣлаго. Такой предметъ — деньги. Раздѣлъ совершается такимъ образомъ, что общій объектъ (вещь или право) чрезъ продажу превращается въ сумму денегъ, а эта сумма дѣлится между участниками пропорціонально ихъ долямъ. Когда объектъ общаго права — деньги, то нѣтъ надобности въ продажѣ права, достаточно и одной реализаціи права. Общія денежныя обязательства могутъ быть заключены сообща и добытая сумма потомъ дѣлится между участниками. Общіе сельскіе сервитуты, по римскому воззрѣнію, могутъ быть проданы только съ общимъ *fundus dominans*. Если на одну и ту же вещь *ususfructus* принадлежитъ нѣсколькимъ лицамъ, то продаются или общіе плоды, или отдаются въ наймы производительныя качества, и наемная плата дѣлится каждый разъ между участниками ¹³⁶⁾. Ничто не мѣшаетъ также продать

¹³⁶⁾ Cit. I. 7. § 10:—vel locet usumfructum uni ex illi vel

- общее наслѣдство; *venditio hereditatis* опредѣлена у римлянъ особыми правилами ¹³⁷⁾).

Для участника товарищества можетъ оказаться надобность прекратить товарищество, т. е. — превратить свою идеальную долю въ реальную, самостоятельную цѣнность, или потому, что хочеть помѣстить въ другомъ мѣстѣ свою цѣнность, или же боится, чтобы общій объектъ не упалъ въ цѣнѣ, и при существованіи товарищества онъ можетъ потерпѣть убытки. Если прекращеніе товарищества нельзя достигнуть путемъ договора, то практически необходимо законное принужденіе участниковъ къ раздѣлу. Въдѣ безъ этого принужденія никто не вступалъ бы въ товарищество; но съ другой стороны для государства не малый интересъ въ возникновеніи товариществъ. При *communio incidens* принудительное прекращеніе товарищества необходимо въ интересахъ мира и спокойствія въ государствахъ. Кромѣ того, безъ такого принужденія каждый участникъ товарищества, по своему усмотрѣнію, могъ бы нанести другому имущественный вредъ, не соглашаясь на раздѣлъ, а юридическая защита имущества, вмѣстѣ съ защитой личности, есть первое условіе общественнаго благосостоянія. Вотъ почему каждому участнику товарищества римляне предоставляли право требовать содѣйствія государства для прекращенія существующаго товарище-

tertiaе personae, ut hi pensiones sine ulla controversia percipiant.

¹³⁷⁾ Dig. 18. 4. C. 4. 39. Пухта Pand. § 521.

ства. Искъ объ этомъ называется: *actio communi dividundo*, а для общаго наслѣдства: *actio familiae herciscundae*. Почему первый искъ долженъ быть вчинаемъ нѣсколько разъ, а другой искъ — только разъ — это объяснено выше.

Исторія товарищества есть отчасти исторія его принудительнаго прекращенія. Первоначально у римлянъ существовалъ только искъ о раздѣлѣ общаго наслѣдства. *Actio familiae herciscundae* уже упоминается въ двѣнадцати таблицахъ, но существовалъ уже прежде, на основаніи обычнаго права. Общій же искъ о раздѣлѣ, *actio communi dividundo*, введенъ гораздо позже, вѣроятно путемъ преторскаго эдикта. Причина безъ сомнѣнія та, что случаи товарищества долгое время ограничивались только общимъ наслѣдствомъ. Только тогда, когда развилась въ Римѣ промышленность, когда начали возникать промышленныя общества, и вмѣстѣ съ тѣмъ начали возникать по договорамъ общіе объекты — только тогда явилась потребность въ общемъ искѣ о раздѣлѣ, обнимающемъ и другіе случаи, кромѣ общаго наслѣдства. Первоначально эта *actio communi dividundo* была введена для *res corporales*, т. е., для объектовъ собственности, безъ сомнѣнія по той причинѣ, что первоначально, кромѣ общей *hereditas*, они одни были *res communes*, затѣмъ они стали *utilis actio*, т. е. начали примѣняться къ случаямъ общей *bonae fidei possessio*, и затѣмъ къ общимъ правамъ, предметомъ которыхъ была вещь. Наконецъ стало очевиднымъ, что оба иска о раздѣлѣ, *actio communi dividundo* и *familiae*

herciscundae могут быть связаны одной общей мыслью, а отдѣльныя постановленія объ *actio familiae herciscundae* стали примѣняться по аналогии къ *actio communi dividundo*. Не мѣшаетъ замѣтить, что и здѣсь отъ отдѣльныхъ случаевъ римляне перешли къ общему принципу. Далѣе, *actio communi dividundo* не поглотило *actio familiae herciscundae*, но и то и другое удержалось рядомъ. Здѣсь опять высказывается тотъ римскій консерватизмъ, на который мы не разъ указывали прежде.

Вслѣдствіе такого законнаго принужденія къ прекращенію товарищества, идеальныя доли, принадлежащія *socii* относительно общаго объекта, становятся тоже цѣнными объектами, хотя такой имущественный характеръ ихъ основывается не на одномъ только правѣ *socius* требовать прекращенія товарищества. Для этого нужно стеченіе многихъ обстоятельствъ. 1) Уже до прекращенія товарищества римляне считали эти идеальныя доли составными частями имущества *socii*, и защищали отъ нарушеній эти части имущества также, какъ и всякія другія. Идеальныя доли на *res communis* они считали аналогичными матеріальнымъ объектамъ собственности, и *socii* относительно другъ друга, какъ относительно третьихъ лицъ, могли вчинять иски о собственности ¹³⁸⁾. Отсюда возникло понятіе общей собственности на *res conpro-*

¹³⁸⁾ L. 28. D. Commun. div. (10. 3.) L. 6. D. d. R. V. (6. 1.) *in rem aliquis agat, debet designare rem, utrum totam an partem et quotam petat.*

galis, что римскіе юристы выражали: „totius corporis pro indiviso pro parte domnium habere“; возникло и понятіе общаго владѣнія, что обозначилось словами: „posessio certae partis pro indiviso.“ Слѣдствіемъ такого аналогическаго воззрѣнія было: 2) передаваемость, т. е. способность къ обиху этихъ идеальныхъ долей самихъ по себѣ¹³⁹⁾. Но что 3) для этихъ идеальныхъ вещей въ оборотѣ существовала различная цѣнность, это зависѣло отъ ихъ способности къ реализаціи, т. е. отъ исковъ о раздѣлѣ. Общая собственность на res communis, напр. на желѣзную дорогу, принадлежащую акціонерному обществу, не имѣетъ никакой цѣны, потому что для участниковъ акціонернаго общества не допускается искъ о раздѣлѣ относительно наличнаго капитала общества. Такимъ образомъ цѣна, получаемая за акцію, не есть цѣна за слѣдующую общую собственность, а за тотъ выигрышъ, на какой рассчитываетъ покупающій отъ своего участія въ промышленныхъ предпріятіяхъ акціонеровъ.

Такимъ образомъ идеальныя доли въ общемъ объектѣ являются товаромъ, и взятыя вмѣстѣ доли въ извѣстномъ объектѣ могутъ составить генерически опредѣленный товаръ, напримѣръ 128 партій извѣстнаго корабля. Есть предметы, ко-

¹³⁹⁾ L. 6. L. 68. pr. D. pro socio (17. 2.) Nemo ex sociis plus parte sua potest alienare, etsi totorum bonorum soccii sint. L. 3. C. d. comm. rer. alienat (4. 2.) Falso tibi persuasum est, communis praedi portionem pro indiviso, autequam communi dividundo judicium dictetur, tantum socio, non etiam extraneo posse distrahi.

торые обыкновенно бывают *res communes*, потому что по самому своему назначенію они легко могут повредиться или и погибнуть, напр. корабли. Идеальныя доли въ такихъ предметахъ могутъ составить генерически опредѣленный товаръ, напримѣръ партіи корабля. На идеальныя доли въ такихъ объектахъ существуютъ и мѣновыя цѣны, напримѣръ мѣновая цѣна на партіи корабля.

Такъ какъ идеальныя доли въ общемъ объектѣ—товарѣ, то понятно, что *socius* можетъ выдѣлить свою долю изъ *communio*, можетъ реализовать идеальную цѣнность, не требуя для этого прекращенія товарищества; онъ можетъ продать свою идеальную долю и передать ее. Товарищество продолжаетъ существовать—*socius* вмѣсто себя поставилъ другого. Но обыкновенно выходящій *socius* терпитъ убытокъ, потому что за идеальную цѣнность никто не даетъ столько, какъ за цѣнность реальную. Разность въ цѣнѣ будетъ тѣмъ меньше, чѣмъ легче и скорѣе можно достигнуть прекращенія товарищества. Самый простой и короткій процессъ существуетъ въ морскомъ правѣ относительно общихъ кораблей; каждый участникъ корабля имѣетъ право „посадить“ корабль. Т. е. онъ можетъ объявить, что за корабль онъ хочетъ дать столько-то; тогда другіе *socii* обязаны юридически или предоставить ему корабль за предложенную имъ цѣну, или же назначить цѣну выше и въ непродолжительномъ времени уплатить ему слѣдующую долю.

Далѣе, понятно само собой, что товарищество

можетъ быть прекращено и безъ раздѣла. Одинъ socius можетъ продать свою идеальную долю другому. Въ такомъ случаѣ цѣна, получаемая socius, будетъ равняться той цѣнности, которую онъ получилъ бы при дѣйствительномъ раздѣлѣ, потому что идеальная доля, передаваемая отъ одного socius къ другому, чрезъ это самое превращается въ цѣнность матеріальную. Понятно далѣе, что если товарищество обнимаетъ множество разныхъ объектовъ, прекращеніе можетъ совершиться такъ, что отдѣльные объекты дѣлятся между socii, причемъ одинъ socius можетъ получить больше объектовъ, чѣмъ другой, если объекты представляютъ цѣнности различной величины. Такимъ же образомъ можетъ быть прекращено и *communiō omnium bonorum*.

Понятно само собой, что и судья, разбирающій дѣло о раздѣлѣ, долженъ по своему усмотрѣнію примѣнить самый удобный способъ пребращенія товарищества.

Въ заключеніе мы должны заняться упомянутыми случаями, когда право игнорируетъ экономически-существующее товарищество цѣнностей.

1) Законъ проводитъ границу такъ, что товарищество уничтожается въ моментъ своего возникновенія. Таковъ случай, когда дерево, камень, стѣна стоятъ на границѣ двухъ поземельныхъ участковъ. Такіе предметы не считаются *res communes* сосѣдей, но въ силу существующаго закона граница участковъ—*realiter* дѣлитъ эти объ-

*

екты ¹⁴⁰⁾. Такое опредѣленіе права выходитъ безъ сомнѣнія изъ того воззрѣнія, что растенія и камни не имѣютъ самостоятельнаго существованія, а считаются не больше какъ наростами и неровностями земли, а стѣна считается какъ бы искусственной скалой. Товарищество относительно этихъ предметовъ возникаетъ только тогда, когда они отдѣлены отъ земли ¹⁴¹⁾. Далѣе, *insula in flumine nata* и русло, покинутое общественной рѣкой, предоставляются хозяевамъ прилежащихъ поземельныхъ участковъ; но оно не становится *res communis*, а тотчасъ же, въ моментъ возникновенія, дѣлится *realiter* въ силу постановленія закона ¹⁴²⁾. Это постановленіе выходитъ изъ того воззрѣнія, что русло рѣки принадлежитъ къ прилежащимъ поземельнымъ участкамъ, и собственность на русло не имѣетъ силы только до тѣхъ поръ, пока оно занято общественной рѣкой ¹⁴³⁾.

¹⁴⁰⁾ L. 19. D. Comm. divid. (10. 3.): Arbor, quae in confinio nata est, item lapis, qui, per utrumque fundum extenditur, quamdiu cohaeret fundo, e regione cujusque finium utriusque sunt nec in communi dividendo judicium veniunt.

¹⁴¹⁾ cit. l. 19. pr.—sed quum aut lapis exemptus aut arbor eruta vel succisa est, communis pro indivisio fiet et veniet in communi dividendo judicium; nam quod erat finibus partibus, rursus confurditur.

¹⁴²⁾ L. 7. §. 3. D. d. A. R. D. (41. 1.): — Insula — — in flumine nata — — — si quidem mediam partem fluminis tenet communis est eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident, pro modo latitudinis cujusque praedii, quae latitudo prope ripam sit; quodsi alteri parti proximior sit, eorum est tantum qui ab ea parte prope ripam praedia possident.

¹⁴³⁾ Сравн. Пухта Pand. § 165.

Такое *communio de facto* и *de jure* отличается терминами: *res communis pro diviso* и *pro indiviso* ¹⁴⁴⁾. Наконец, претензии, которых предмет дѣлится, дѣлятся *ipso jure* между участниками товарищества ¹⁴⁵⁾.

2) Можетъ имѣть мѣсто настоящая экспроприация одного или нѣсколькихъ участниковъ, но на мѣсто потерянной цѣнности возникаетъ право на вознагражденіе. Сюда принадлежатъ всѣ случаи, вычисляемые подъ известной рубрикой: приобрѣтеніе собственности чрезъ приращеніе ¹⁴⁶⁾. Право на вознагражденіе не имѣетъ мѣста:

а) Когда кто нибудь *animo donandi* соединилъ цѣнность съ чужимъ предметомъ ¹⁴⁷⁾.

б) Когда связь подходитъ подъ понятіе починки или улучшенія.

Конечно въ такихъ случаяхъ безъ всякаго основанія обогащается тотъ, чья вещь починена или улучшена. Но если бы возможно здѣсь было принужденіе къ вознагражденію за *impensae necessariae* или *utiles*, то это значило бы, что каждый, по своему усмотрѣнію, можетъ насъ заставить затратить на починку или улучшеніе нашихъ вещей тотъ капиталъ, который, быть можетъ, назначенъ для другихъ цѣлей. Такой произволъ постороннихъ лицъ относительно нашего

¹⁴⁴⁾ Cit. l. 19. pr. D. Comm. divid. (10. 3.)

¹⁴⁵⁾ Cit. l. 6. 1. Fam. herc. (3. 36.)

¹⁴⁶⁾ Пухта, Pand. § 16. 4.

¹⁴⁷⁾ Пухта, Pand. § 165. Note m.

имущества противорѣчить основнымъ началамъ народнаго хозяйства и потому не можетъ разсчитывать на поддержку со стороны права. Иное дѣло въ юридическомъ отношеніи, когда тотъ, кто починилъ или улучшилъ вещь, владѣть улучшенной вещью, и противопоставляетъ свое право хозяину вещи. Здѣсь онъ требуетъ отъ собственника вещи цѣнность, которая въ его рукахъ, даромъ что цѣнность эта заключается въ вещи, и самостоятельно не существуетъ. Право здѣсь не можетъ помѣшать владѣльцу удержатъ свое, и еслибъ кто сталъ утверждать, что право должно помогать хозяину возвратитъ владѣніе своей вещью, противъ этого можно выставить положеніе: *in pari causa melior est conditio possidentis*. Собственникъ, желающій возвратитъ владѣніе починенной или улучшенной вещью, косвенно вынуждается къ возвращенію цѣнности издержекъ. Такъ рѣшается дѣло и римское право; оно дѣлаетъ исключеніе только для *malaе fidei possessor*. Интересъ послѣдняго соображается только въ томъ отношеніи, что ему дозволяется отдѣлить улучшеніе, если оно осязательно видно и можетъ быть отдѣлено безъ вреда для вещи. Это потому, что право не можетъ предоставить хозяину больше, чѣмъ сколько ему слѣдуетъ. *Mala fides* владѣльца вовсе не основаніе для обогащенія собственника. Замѣчательно, что римскіе юристы дѣлаютъ различіе между починкой и улучшеніемъ, и сообразно съ этимъ различаютъ *impensae necessariae* и *utiles*. И въ томъ и другомъ случаѣ къ вещи прибавляется цѣнность, и съ юридиче-

ской точки зрѣнія нѣтъ разумнаго основанія различать, въ испорченной или неиспорченной вещи кто нибудь присоединилъ цѣнность изъ своего имущества. Такъ или иначе, но и *malae fidei possessor* у должно быть предоставлено право задержать вещь изъ за *impensae necessariae*, если относительно *impensae utiles* ему предоставляется *jus tollendi* ¹⁴⁸).

¹⁴⁸) Сморг. Пухта, Pand. § 171.

III

Промышленность и оборотъ. — Право промышленности и оборота.

Въ государствѣ, гдѣ существуетъ „раздѣленіе труда“, можетъ быть ограничена свобода гражданъ выбирать тотъ или другой промыселъ. Тогда приходится различать, промышленную свободу и промышленныя стѣсненія. Последнія могутъ быть двоякаго рода. Можно прямо принуждать къ занятію извѣстнымъ промысломъ. Такъ тѣхъ, которые находятся въ состояніи дѣйствительнаго или фактическаго рабства, принуждаютъ заниматься земледѣліемъ или работать для хозяина въ качествѣ поденщиковъ. Но промышленное стѣсненіе можетъ быть и косвенное, когда кто нибудь устраняется отъ занятія извѣстнымъ промысломъ. Такъ тамъ, гдѣ уничтожено рабство, но нѣтъ свободы переселенія, житель земледѣльческаго округа устраняется отъ занятія фабричною и торговою промышленностью. Далѣе, въ государствѣ

или даже и въ городѣ каждому отдѣльному лицу или опредѣленному количеству ихъ можетъ быть назначена опредѣленная отрасль промышленности. Такая привиллегія для однихъ лицъ, исключаящая другихъ, называется монополіей. Понятно послѣ этого, что можетъ быть столько монополій, сколько есть отраслей промышленности. Монополія, принадлежащая правительству, называется регалией. Если занимающіеся въ данномъ мѣстѣ извѣстнымъ промысломъ составляютъ корпорацію, цехъ, то въ случаѣ монополіи для такого цеха онъ оказывается замкнутымъ. Если же, напр., въ интересахъ общественнаго благосостоянія или по финансовымъ соображеніямъ, для занятія промысломъ необходимо разрѣшеніе правительства или административнаго мѣста, то такое ограниченіе промышленной свободы называется концессионнымъ стѣсненіемъ. Монополія можетъ быть предоставлена на опредѣленное время изобрѣтателю полезнаго для общества фабриката, въ вознагражденіе за потраченный имъ трудъ и капиталъ; тогда монополія называется патентомъ. Къ этой категоріи принадлежитъ привиллегія авторовъ и художниковъ относительно ихъ литературныхъ и художественныхъ произведеній, въ томъ отношеніи, что въ теченіи опредѣленнаго времени они обезпечиваются противъ контрфакціи. Олицетвореніе земельныхъ участковъ, вообще свойственное періоду низкой культуры, повело къ монополіи извѣстныхъ промысловъ для извѣстныхъ участковъ. Такія монополіи называются реальными правами, въ противоположность реальнымъ повинностямъ,

тоже выходящимъ изъ олицетворенія поземельныхъ участковъ. Такимъ образомъ, постановленія права, устанавлиющія всѣ эти монополіи, называются персональными и реальными привилегіями.

Нѣмецкая средневѣковая жизнь отличается стремленіемъ распредѣлить отрасли промышленности между опредѣленными индивидуумами. Мы уже упомянули о рабствѣ настоящемъ или фактическомъ. Извѣстные поземельные участки могли приобрѣтать только лица, принадлежавшія къ опредѣленному классу. Такъ были дворянскія и крестьянскія имѣнія. Извѣстныя земли были приурочены къ опредѣленнымъ фамиліямъ. Такъ существовали родовыя имѣнія и семейныя фидеикомиссы. Черезъ это многіе были устранены отъ занятія земледѣліемъ. Затѣмъ, такимъ же устраненіемъ была легальная нераздѣльность большихъ имѣній. Жиды обыкновенно не могли приобрѣтать поземельныхъ участковъ *). Въ промышленности также господствовалъ принципъ монополій. Занятіе большей частью ремеслъ условливалось принадлежностью къ цеху. Большинство цеховъ были замкнутые. Кроме того, для цѣлаго разряда фабрикатовъ монополія была установлена такъ, что для субъекта монополіи (лица или участка) былъ назначенъ опредѣленный кругъ потребителей; въ другомъ мѣстѣ они не могли покупать тотъ или другой продуктъ. Такими продуктами по преимуществу были: мука,

*) Кажись, объ этомъ жалѣть нечего; иначе не помогло бы теперь, вѣроятно, ни гуано, ни известкованіе, ни удобреніе продуктами городской жизни (прим. перевод.).

пиво, вино и хлѣбъ. Эти монополіи назывались зановѣдными правами (Banhrechte) и различались: стѣсненія мукомольнаго промысла (Mühlen-Zwang), пивнаго промысла (Bier-Zwang), вино-торговли и пекарскаго промысла (Kelter-und Backofen-Zwang). Часто предметомъ монополіи былъ не продуктъ, а трудъ, нужный для произведенія продукта — такъ что субъекту монополіи доставлялись матеріалы, напр. мельнику доставлялось зерно, хлѣбнику мука, а не то, такъ и тѣсто. Кроме того, монополисты могли составить и цехъ, если они, какъ напр. содержатели вѣтряныхъ мельницъ, жили на пространствѣ одного округа. Цѣлый разрядъ промысловъ составлялъ монополіи отдѣльныхъ феодальныхъ владѣльцевъ. Такими регаліями были: горный промыселъ, соляной промыселъ, выдѣлка монеты, извозъ, почтовая регалія.

Съ начала нынѣшняго столѣтія изученіе политической экономіи мало по малу распространило убѣжденіе, что стѣсненіе промышленной свободы, за исключеніемъ нѣкоторыхъ развъ промысловъ, есть большая несправедливость относительно устроенныхъ, и особенно относительно будущихъ поколѣній. Черезъ такое стѣсненіе множество гражданъ осуждается на бездѣйствіе и нищету, и безчисленное множество людей, оглянувши впервые жизнь, съ грустью замѣчаютъ, что для нихъ нѣтъ больше мѣста на великомъ поприщѣ народной дѣятельности. Съ другой стороны множество счастливыхъ отдается лѣни. Мало по малу возникло убѣжденіе, что эти средневѣковые порядки вредны

для народнаго благосостоянія. Государство лишается множества рабочихъ силъ, для множества талантовъ невозможно развитіе и производительная дѣятельность. Монополисты доставляютъ скверные продукты и дерутъ за нихъ въ три дорога. Такимъ образомъ въ Германіи, какъ и въ другихъ мѣстахъ, началась борьба промышленной свободы съ промышленной кабалой, т. е. борьба гуманности и здраваго смысла съ привилегированными кастами. Въ однихъ мѣстахъ Германіи эта борьба ведется съ большимъ или меньшимъ счастьемъ, въ нѣкоторыхъ же мѣстахъ едва только начинается. Въ нашемъ отечествѣ есть цвѣтущія государства съ полной промышленной свободой, и есть бѣдные государства съ полной промышленной кабалой. Но между тѣмъ въ настоящее время вездѣ общественное мнѣніе высказывается въ пользу промышленной свободы, и вотъ почему можно утѣшаться надеждой, что скоро будутъ уничтожены старые порядки, закабалившіе промышленность.

Промышленной кабалѣ, насколько она еще держится, соответствуетъ и рядъ юридическихъ нормъ, которыя въ нѣкоторыхъ нѣмецкихъ областяхъ являются крупной составной частью партикулярнаго права.

Къ такимъ нормамъ принадлежатъ:

1. Обломки крѣпостной зависимости, удержанные при его уничтоженіи; таковы именно нормы, охраняющія фактическую крѣпостную зависимость.
2. Постановленія о мѣстѣ жительства, т. е. стѣсненія свободы передвиженія.
3. Особыя постановленія относительно приобрѣ-

тенія извѣстныхъ сельско-хозяйственныхъ участковъ.

4. Постановленія о фидеикоммиссахъ.

5. Объемистое право цеховое: законы, статуты, обычаи.

6. Юридическія нормы относительно существующихъ регалій.

7. Постановленія о концессионныхъ промыслахъ.

Весь этотъ ворохъ юридическихъ нормъ въ системѣ права должно противопоставлять, какъ право въ смыслѣ права, стѣсняющаго промышленную дѣятельность, естественной свободѣ промысловъ.

Оборотъ обнимаетъ всѣ сдѣлки, такъ или иначе, имѣющія цѣлью созданіе производительныхъ силъ въ надлежащей степени, ихъ соединеніе, ихъ раздѣленіе, наконецъ мѣну продуктовъ. Эта цѣль, вѣчно преслѣдуемая членами человѣческаго общества и вѣчно возникающая вновь, производитъ и поддерживаетъ постоянное движеніе, непрерывную жизнь и дѣятельность людей; простой человѣкъ называетъ все это „оборотомъ“ (Verkehr), не сознавая, что такое шумное движеніе, даромъ что оно такъ пестро и кинуче — есть правильный и монотонный ходъ огромной машины.

I. Созданіе фактора рабочей силы и фактора капиталовъ надлежащей силы совершается посредствомъ ассоціаціи. Ассоціація бываетъ:

1. Ассоціація капиталовъ. Если socios хотятъ участвовать только опредѣленными долями, такъ

что на худой конец они могут потерять каждый только свою акцію, въ такомъ случаѣ *societas* называется акціонернымъ обществомъ. Противуположность составляетъ полное общество. (*Collectiv-Gesellschaft*).

2. Ассоціація рабочихъ. Всѣ производительные рабочіе раздѣляются на ученыхъ, антрепренеровъ и рабочихъ въ тѣсномъ смыслѣ. Такихъ образцовъ существуютъ:

а) Ассоціаціи ученыхъ. Онѣ также разнообразны, какъ разнообразны отрасли наукъ. По матеріальнымъ продуктамъ своей дѣятельности особенно важны общества натуралистовъ.

б) Ассоціаціи антрепренеровъ. Они могутъ быть столь же разнообразны, сколько есть различныхъ видовъ производительнаго труда или отраслей промышленности.

II. Соединеніе производительныхъ силъ. Оно совершается:

1. Тоже посредствомъ ассоціаціи. Эту ассоціацію мы назвали промышленнымъ обществомъ (*Productiv-Gesellschaft*). Слѣдуетъ замѣтить, что такія ассоціаціи рѣдко бывають соединеніемъ одного труда и одного только капитала. Если *socius*, доставляющій капиталъ, желаетъ, чтобы не знала объ этомъ публика, въ такомъ случаѣ промышленное общество называется товариществомъ на вѣрѣ. Такой неизвѣстный (*stiller*) товарищъ не вступаетъ въ прямыя сношенія съ публикой, и только косвенно отвѣчаетъ по

тѣмъ кредитнымъ сдѣлкамъ, которыя заключаетъ другой socius (называемый уполномоченнымъ, complementar), и отвѣчаетъ согласно условіямъ договора о товариществѣ.

2. Посредствомъ кредита, и притомъ:

а) посредствомъ договора о кредитѣ. Такой договоръ заключаетъ или:

α) Факторъ рабочей силы, чтобы привлечь производительныя силы капитала. Эти разнообразныя кредитныя договоры могутъ быть обозначены однимъ общимъ выраженіемъ: „наемъ капитала“, и бываютъ:

αα) процентный заемъ,

ββ) наемъ вещей.

Объ сдѣлки могутъ принять форму покупнаго контракта, и тогда называются покупкой кредита и покупкой запродажной (Pränumerations-Kauf)

или:

β) Кредитный договоръ заключаетъ факторъ капитала, чтобы привлечь нужныя производительныя силы труда. Эти разнообразныя кредитныя договоры могутъ быть обозначены общимъ выраженіемъ „личнаго найма“ и бываютъ:

αα) locatio conductio operarum,

ββ) locatio conductio operis.

Если заработная плата вполне или отчасти уплачивается не деньгами, а другими объектами, то возникаютъ видоизмѣненія. Сюда относятся:

1) Договоръ съ прислугой, 2) договоръ съ подмастерьями, 3) договоръ о платѣ придворнымъ служкамъ, 4) договоръ помѣщика съ тягловымъ крестьяниномъ и 5) въ прежнія времена леномъ договоръ.

По исключенію можно добыть производительную силу работы или капитала и инымъ образомъ. Такими исключеніями являются:

1) Относительно найма капитала—безпроцентный заемъ, ссуда и безсрочная ссуда; 2) относительно личного найма: порученіе. Если услуга состоитъ въ сохраненіи (*custodia*) вещи, въ такомъ случаѣ римляне различаютъ еще: *mandatum custodiae* и *depositum*. Замѣчательно еще вотъ что: иногда обязанность доставлять услуги прерывается, но плата продолжаетъ существовать: обязанность вассала отправлять военную службу исчезла, но вассалъ удерживаетъ наслѣдственное пользованіе леномъ.

b) Посредствомъ кредита, предоставленнаго только съ одной стороны. Предоставляемая здѣсь на кредитъ цѣнность бываетъ или предоставленіемъ личной услуги или затратой капитала. Путемъ такого односторонняго кредита:

α) фактору капитала доставляется трудъ,

β) фактору работы — капиталъ.

III. Раздѣленіе производительныхъ силъ.

1) Прекращеніе ассоціацій, наемныхъ контрактовъ и тѣхъ договоровъ, посредствомъ кото-

рыхъ въ видѣ даренія предоставляется пользованіе капиталомъ или трудомъ. Не говоря о тѣхъ случаяхъ, когда прекращеніе наступаетъ *ipso jure*, оно происходитъ отчасти чрезъ одностороннее объявленіе, отчасти посредствомъ особаго договора о прекращеніи—*dissensu*. Одно изъ послѣдствій такого прекращенія:

2) Возвращеніе предоставленныхъ на кредитъ предметовъ капитала. Оно совершается или *in specie* или *in genere*, или по цѣнности, т. е. въ деньгахъ, и въ первомъ случаѣ, если идетъ рѣчь о поземельныхъ участкахъ, называется очищеніемъ. Если во время соединенія производительныхъ силъ произведены общія цѣнности, то при прекращеніи товарищества участники возвращаютъ другъ другу цѣнности.

IV. Мѣна продуктовъ. Въ настоящее время эта мѣна обыкновенно совершается посредствомъ купли — продажи. Продукты бываютъ матеріальные или не матеріальные. Къ послѣднимъ принадлежатъ продукты ученыхъ или художниковъ. Ученые бываютъ теоретики и практики. То, что они получаютъ за свои продукты, называется гонораріемъ, хоть въ сущности тутъ нѣтъ никакого различія отъ обыкновенной цѣны. Теоретики передаютъ свои произведенія или въ устной формѣ, или же на письмѣ и въ печати. Въ послѣднемъ случаѣ авторъ или самъ заботится о печатаніи и продажѣ экземпляровъ, или же продаетъ рукопись. Если купившій рукопись беретъ на себя извѣст-
Даневартъ. Этюды.

ныя обязательства — именно обязательство напечатать и опубликовать сочиненіе, то договоръ называется договоромъ объ изданіи, а купившій — издателемъ.

Совокупность юридическихъ нормъ, опредѣляющихъ оборотныя сдѣлки, составляетъ право оборота на ряду съ правомъ промышленности, т. е. съ законными ограниченіями естественной свободы труда.

IV

Потребленіе вещей.

Понятія: гибель, потребленіе, порча вещей установлены нами прежде ¹⁴⁹⁾).

Разрушеніе цѣнности можетъ быть непосредственнымъ дѣйствіемъ или же только послѣдствіемъ какаго нибудь факта; фактъ этотъ можетъ дѣйствовать или самъ по себѣ, или же при содѣйствіи другихъ обстоятельствъ. Такимъ содѣйствіемъ можетъ быть или вліяніе естественныхъ законовъ ¹⁵⁰⁾, или вліяніе юридическихъ нормъ, т. е. юридической послѣдовательности ¹⁵¹⁾).

Погибшія цѣнности можно понимать какъ разность между имуществомъ до этой гибели и послѣ

¹⁴⁹⁾ Выпускъ I. Стр. 17. и 18. Обязательство доставить цѣнность есть уже потеря этой цѣнности. Выпускъ II. Стр. 19. сравн. L. 28. de neg. gest. (3. 5.)—*id ei abesse videtur, in quo obligatus est.*

¹⁵⁰⁾ Сюда же нужно отнести и экономическіе законы.

¹⁵¹⁾ Напр. потеря неустойки.

нея, и потому ихъ можно обозначить выраже-
ніемъ „интересъ“. Такъ какъ этотъ интересъ
можетъ быть больше, чѣмъ мѣновая цѣна разру-
шеннаго объекта, римляне различаютъ *verum rei*
pretium и *id quod interest* ¹⁵²).

Прежде было показано, какимъ образомъ рим-
скіе юристы рядомъ съ мѣновой цѣнностью, от-
крыли и цѣнность употребленія ¹⁵³); сообразно съ
этимъ, вѣстѣ съ разрушеніемъ мѣновой цѣнно-
сти, имъ извѣстно и разрушеніе цѣнности употре-
бленія. Подъ послѣдней они понимаютъ цѣнность
производительныхъ силъ капитала или рабочей
силы, остававшихся въ бездѣйствіи извѣстное
время. Поэтому они различаютъ собственно *dam-*
num, т. е. разрушеніе мѣновой цѣнности, и по-
терянную *utilitas*, т. е. разрушеніе цѣнности упо-
требленія ¹⁵⁴); относительно *utilitas* римскіе юристы
опять различаютъ: 1) *omne omnino quod quis*
lucrari potuerit, 2) *utilitas circa rem ipsam*,
т. е. цѣнность потерянныхъ производительныхъ
силъ за данное время ¹⁵⁵). Чтобы яснѣе различать
оба эти понятія, слѣдуетъ помнить, что каждая

¹⁵²) L. 50. пр. D. de furt. (47. 2).

¹⁵³) Выпускъ II. Стр. 9.

¹⁵⁴)—*multum interesse*, говоритъ Улпіанъ, *utrum dam-*
num quis faciat, an lucro, quo adhuc faciebat, uti prohibe-
atur. l. 26. de damno inf. (39. 2).

¹⁵⁵) L. 21. § 3. D. d. A. E. E. V. (19. 1.) l. 19. D. d.
periculo (18. 6). Это замѣчательное остроумное экономи-
ческое правильное и необходимое различіе Вангеровъ на-
зываетъ фразой Павла, не имѣющей значенія. Сравни. v.
Vangerow's *Leitfaden*, Bd. III. стр. 48.

произведенная цѣнность возникаетъ изъ соединенія труда и капитала, и что въ цѣнности даннаго продукта всегда можетъ быть опредѣлено, какая доля ея должна быть отнесена къ производительности труда, и какая — къ производительности капитала. Последняя доля и есть то, что обозначается словами *utilitas circa rem*¹⁵⁶). То же самое различіе обозначается выраженіемъ *propter negotiationem* и *ex re*¹⁵⁷). Такимъ образомъ понятіе интереса, первоначально обнимавшее только *damnum*, распространилось и на потерянный барыш¹⁵⁸). Нечего и говорить, что возможенъ косвенный вредъ и отъ одной помѣхи примѣнить къ дѣлу производительныя силы.

При расчетѣ интереса *in concreto* слѣдуетъ различать два случая: во первыхъ случай разрушенія цѣнности, во вторыхъ, случай помѣхи воспользоваться производительными силами труда

¹⁵⁶) Для римскихъ юристовъ это понятіе не совсѣмъ ясно; значеніе *utilitas circa rem* они больше чувствовали, чѣмъ сознавали. По этому они приводятъ только примѣры, но не даютъ опредѣленія самаго понятія. По той же самой причинѣ и нынѣшніе цивилисты не ушли ни на шагъ отъ римскихъ юристовъ.

¹⁵⁷) L. 21. D. de her. vel. act. vend. (18. 4.)

¹⁵⁸) Что это было расширеніемъ первоначальнаго понятія, что во время Юстиніана нѣкоторые еще сомнѣвались въ томъ, относится ли *lucrum cessans* къ интересу, это видно изъ 1. un. C. de sent. quae pro eo, quod interest proferuntur (7. 47.) гдѣ говорится: *Et hoc non solum in damno, sed etiam in lucro nostra amplectitur constitutio, quia et ex eo veteres id quod interst, statuerunt.*

или капитала, т. е. пошѣху произвести цѣнность.
Что касается

ПЕРВАГО СЛУЧАЯ,

то здѣсь нужно замѣтить слѣдующее. Цѣнность вещи обнимаетъ цѣнность всѣхъ ея производительныхъ силъ; въ общей цѣнности этихъ силъ состоитъ цѣнность вещи; вещь вообще имѣетъ цѣнность только потому, что имѣетъ производительныя силы. Но цѣнность вещи обнимаетъ только цѣнность ея производительныхъ силъ, какъ онѣ есть, безъ отношенія къ промышленности, примѣняющей къ дѣлу эти силы. Можно все это выразить и такъ: цѣнность вещи обнимаетъ *omnis utilitas circa rem*¹⁵⁹⁾. Если такимъ образомъ вещь разрушается, то при вычисленіи вреда можно принимать въ расчетъ только цѣнность вещи, не обращая вниманія на *utilitas circa rem*. *Utilitas circa rem* можетъ быть принимаема въ расчетъ только за время отъ момента разрушенія до того момента, когда будетъ произведено дѣйствительное вознагражденіе. Къ этой же *utilitas* должно быть причислено и возвышеніе мѣновой цѣнности вещи за промежутокъ времени отъ разрушенія до платежа вознагражденія. Когда приходится вычислять цѣнность разрушенной вещи относительно договора купли — продажи, то здѣсь слѣдуетъ помнить, что цѣнность *res vendita* опре-

¹⁵⁹⁾ О цѣнности употребленія, какъ объ особенной цѣнности вещи, можетъ быть рѣчь только относительно опредѣленнаго времени; а безъ этого, мѣновая цѣнность и цѣнность употребленія совпадаютъ одна съ другой.

дѣляется въ договорѣ покупной цѣной ¹⁶⁰). Въ случаѣ разрушенія *res vendita* до передачи, цѣнность вещи можетъ быть опредѣлена не выше покупной цѣны ¹⁶¹). Далѣе, слѣдуетъ замѣтить, что если купленная вещь не доставляется въ надлежащее время, такъ что купившій не можетъ уже сдѣлать употребленія изъ купленной вещи, и потому отступаетъ отъ договора, то это равносильно для него разрушенію *res vendita*. Изъ сказаннаго слѣдуетъ, что и въ этомъ случаѣ разрушенная цѣнность должна быть опредѣляема не выше покупной цѣны ¹⁶²).

ВО ВТОРЫХЪ,

относительно того случая, когда кто нибудь терпитъ помѣху въ примѣненіи производительныхъ силъ капитала или труда въ теченіе опредѣленнаго времени, то здѣсь при вычисленіи интереса нѣтъ надобности различать, дѣйствительно ли тотъ, кто помѣшалъ намъ воспользоваться капиталомъ или трудомъ, самъ сдѣлалъ изъ того и другаго какое нибудь примѣненіе, или нѣтъ, и можемъ ли мы претендовать на такіе продукты, или нѣтъ. Это вопросъ особый ¹⁶³). Точно также, если производительныя силы капитала или труда

¹⁶⁰) IV. Стр. 29.

¹⁶¹) Сравн. ниже стр. 136.

¹⁶²) На этомъ основывается рѣшеніе *in cit. l. 21. §. 3. D. d. A. E. V. — — pretium tritici — — consequitur.*

¹⁶³) Ученіе объ объективномъ *negotium calienum* (Данквартъ, *Neg. ges.* стр. 35) и о вознагражденіи за *lucrum cessans* тѣсно связаны между собой.

были въ это время въ бездѣйствіи, нѣтъ надобности до того, что могъ бы произвести съ ними тотъ, кто отнялъ ихъ у насъ, а дѣло въ томъ, что могли бы произвести мы сами ¹⁶⁴⁾.

При этомъ мы могли бы

1) вычислять: *omni omnino quod lucrari potuissemus*; но въ такомъ случаѣ мы могли бы перейти въ область разныхъ возможностей; вѣдь это *omne lucrum* вообще не можетъ быть определено съ точностью ¹⁶⁵⁾; такое опредѣленіе можетъ быть сдѣлано развѣ относительно

2) *utilitas circa rem ipsam*.

Масштабомъ для опредѣленія вреда можетъ служить: относительно поземельныхъ участковъ — размѣръ поземельной ренты, относительно капиталовъ — размѣръ ренты съ нихъ, относительно труда — промышленная рента. Такъ какъ цѣнность предмета равняется общей цѣнности его производительныхъ силъ, то изъ этого слѣдуетъ, что въ случаѣ помѣхи относительно производительныхъ силъ, вознагражденіе не должно превышать *alterum tantum* ¹⁶⁶⁾. При вычисленіи кос-

¹⁶⁴⁾ Сравн. L. 61. § 1. D. d. R. V. (6. 1.) Сравн. ниже стр. 131.

¹⁶⁵⁾ Рѣшеніе вопроса о томъ, что можно было бы произвести въ теченіе извѣстнаго времени, владѣя даннымъ производительнымъ фондомъ, зависитъ въ конкретныхъ случаяхъ отъ такихъ обстоятельствъ, которыя не могутъ быть опредѣлены.

¹⁶⁶⁾ Сравн. L. un. cit. in f.—Сообразно съ этимъ Юстиніанъ постановилъ, что должникъ освобождается отъ долга,

веннаго вреда, равно возможнаго при разрушеніи и мѣнѣной цѣнности и цѣнности употребленія, все сводится къ дѣйствительной (естественной или юридической) причинной связи, въ какой этотъ вредъ находится съ разрушительнымъ фактомъ, или съ помѣхой въ употребленіи капитала или труда.

Интересъ государства, т. е. интересъ общеннаго благосостоянія, требуетъ, чтобы не допускалось непроизводительное разрушеніе вещей, особенно производительныхъ фондовъ, а равно и бездѣйствіе этихъ фондовъ; далѣе, чтобы разрушенные производительные фонды возможно полнѣе были возстановляемы снова. Въ этомъ отношеніи и собственная выгода частныхъ лицъ будетъ поощрять ихъ къ осмотрительности и дѣятельности, такъ что содѣйствіе государства должно здѣсь ограничиться только поддержкой этихъ стремленій. Относящіеся сюда учрежденія и юридическія нормы лучше всего будутъ приведены въ систему, если мы сдѣлаемъ классификацію разныхъ причиняющихъ вредъ фактовъ. О необходимости защиты частныхъ лицъ отъ умышленныхъ нарушеній мы говорили выше; здѣсь необходимо сказать кое-что о размѣрѣ и исчисленіи подлежащаго вознагражденію вреда.

Фактъ, какъ причина, ведущій за собой уничтоженіе цѣнности, можетъ быть:

когда уплаченные имъ проценты равняются занятому капиталу. L. 29. 30. C. d. usuris (4. 32.) Но сила этого постановленія оспаривается, потому что оно не глоссировано.

I. НЕОТРАЗИМОЕ ДѢЙСТВІЕ ЕСТЕСТВЕННАГО ЗАКОНА;—*vis major, casus, damnum fatale.*

A. Уничтоженіе цѣнности.

Сила естественныхъ законовъ болѣе и болѣе смягчается развитіемъ цивилизаціи ¹⁶⁷⁾. Въ самомъ дѣлѣ цивилизація есть возрастающее господство человѣка надъ грубыми силами природы. Такъ, напримѣръ, изслѣдованія ученыхъ объ электричествѣ, изобрѣтеніе громоотвода, прочная постройка домовъ, замѣна соломенныхъ кровель другими, дѣятельная пожарная полиція — все это ведетъ къ тому, что истребленіе капиталовъ пожарами становится рѣже и рѣже; изслѣдованія медицины болѣе и болѣе устраняютъ возможность разрушенія рабочихъ силъ. Тамъ же, гдѣ недостаточно человѣческаго искусства и опытности, чтобы устранить разрушительное дѣйствіе естественныхъ законовъ, люди стараются отклонить хоть послѣдствія этихъ законовъ. Люди пришли къ той весьма правильной мысли, что производительная сила большого капитала равняется нулю, когда капиталъ этотъ дробится и дѣлится между многими производителями; и наоборотъ, изъ небольшихъ взносовъ, сдѣланныхъ многими, можетъ быть вознагражденъ и большой разрушенный капиталъ, не нарушая производительной силы капитала вкладчиковъ. Образовались общества, члены которыхъ принимаютъ на себя взаимное обяза-

¹⁶⁷⁾ Или правильнѣе, дѣлается безвредной. «Только повинувся природѣ, мы можемъ сломить ея могущество». Беконъ.

тельство вознаградить капиталы, разрушенные неотразимыми силами природы. Такъ возникли страховыя общества относительно пожаровъ, града, мореплаванія, транспортовъ, скотскихъ падежей, относительно жизни. Разрушенная несчастнымъ случаемъ рабочая сила можетъ быть вознаграждена капиталомъ, потому что рабочую силу можно купить. Съ такой же цѣлью составились и ассоціаціи. Стремленіе приобрѣтать и спекуляція капиталистовъ повели къ большей полнотѣ въ обезпеченіи капиталовъ и рабочихъ силъ. Убѣжденіе въ томъ, что съ развитіемъ цивилизаціи количество несчастныхъ случаевъ становится меньше, что можетъ оказаться значительный излишекъ, если множество людей будутъ въ теченіи извѣстнаго времени дѣлать постоянные взносы для покрытія убытковъ — все это побудило капиталистовъ сдѣлать особый промыселъ изъ обезпеченія чужихъ капиталовъ и чужихъ рабочихъ силъ. Они соединяются въ акціонерныя общества и принимаютъ на себя вознагражденіе капиталовъ или рабочихъ силъ, разрушенныхъ несчастными случаями въ теченіи опредѣленнаго времени, принимаютъ вознагражденіе за опредѣленную сумму, называемую преміей; капиталисты рассчитываютъ на то, что сумма слѣдующихъ вознагражденій вмѣстѣ съ процентами на основной капиталъ и платой за ихъ хлопоты будетъ гораздо меньше, чѣмъ сумма всѣхъ взносовъ со стороны страхователей. Промыселъ этотъ очень выгоденъ, и потому является множество такихъ ассоціацій капитала (такъ называемыя страховыя общества), и возникающая между

ними конкуренція доводить до мінімуму страховую премію. Такимъ образомъ публіка получаетъ возможность посредствомъ простой сдѣлки обезпечить капиталъ и рабочую силу за небольшою и опредѣленною суммою. Политическая экономія требуетъ, чтобы право не мѣшало развитію страховыхъ учрежденій, такъ благотѣльныхъ для общества; но съ другой стороны, въ предупрежденіе надувательствъ со стороны капиталистовъ, необходимо занятіе этихъ промысловъ поставить въ зависимость отъ дозволенія правительства и подчинить контролю общественной власти.

В. Случайныя событія, ведущія къ тому, что на время производительные фонды остаются безъ употребленія.

Сюда принадлежать, потопленія, войны, морь, коммерческіе кризисы и т. д. Развивающаяся цивилизація болѣе или менѣе обезпечила общество и противъ подобныхъ вредныхъ вліяній; сооружены плотины, устроены правильныя арміи, дѣлають успѣхи медицина и медицинская полиція, распространяются больше и больше экономическія свѣдѣнія и т. д. Разнообразныя учрежденія, имѣющія цѣлю отвращеніе такихъ несчастныхъ случаевъ и ихъ послѣдствій, вызываютъ цѣлый рядъ отношеній, для которыхъ нужны опредѣленія, и слѣдовательно цѣлый рядъ юридическихъ нормъ. Въ области гражданскаго права здѣсь слѣдуетъ указать на нормы, касающіяся страховыхъ учрежденій, и на право береговое.

Если подобные несчастные случаи касаются частной экономіи отдѣльных лицъ, то безъ особеннаго договора никто не обязанъ вознаграждать за происходящій вредъ, и сила естественныхъ законовъ разрушаетъ всякое законное обязательство. Это выражается въ двухъ положеніяхъ: *Casum sentit dominus* и *impossibilium nulla obligatio*.

Мимоходомъ замѣтимъ, что капиталъ можетъ быть непроизводительнымъ вслѣдствіе своей незначительности, и потому въ каждомъ государствѣ множество капиталовъ остается въ бездѣйствіи. Но соединяясь между собой, они становятся производительными. Учрежденія съ такою цѣлью называются сберегательными кассами. Это своего рода бассейны, куда стекаются незначительные производительные капиталы, чтобы составить производительный фондъ. Такія учрежденія полезны для общей производительности, составляя промышленности капиталы, которые иначе были бы для нея потеряны: они полезны и для частной экономіи, потому что посредствомъ нихъ множество частныхъ людей получаетъ возможность дать производительное помѣщеніе самымъ незначительнымъ сбереженіямъ.

II. Людская вина (умыселъ, небрежность).
Прежде всего что касается

А. Разрушенія цѣнности и именію:

1) собственныхъ объектовъ имущества, здѣсь не можетъ быть ограниченій; свобода распоряженія своимъ добромъ принадлежитъ къ основнымъ

принципамъ политической экономіи. Изъ этого могутъ быть развѣ исключены тѣ случаи, когда подобное разрушеніе грозитъ опасностью для другихъ, слѣдовательно для общественнаго блага, равно и тѣ случаи, когда принципы нравственности рекомендуютъ ограниченія свободнаго распоряженія. Въ самомъ дѣлѣ праву неизвѣстно ограниченіе частнаго произвола; оно запрещаетъ только подъ страхомъ наказанія и препятствуетъ зажитачеству собственныхъ зданій, если отъ этого можетъ быть вредъ для другихъ, и затѣмъ подчиняетъ опеку расточителей. Римское право смотритъ на *prodigus* такъ же точно, какъ и на *fugiosus*¹⁶⁸). Кромѣ того оно запрещаетъ взаимныя даренія между супругами, и за исключеніемъ нѣкоторыхъ случаевъ, объявляетъ такіе даренія ничтожными и недѣйствительными¹⁶⁹). Другія даренія связаны съ извѣстной формой, чтобы предупредить легкомысліе и расточительность; такъ дареніе выше 500 *solidi* ничтожно, если оно составлено не судебнымъ порядкомъ¹⁷⁰). У римлянъ, какъ и въ Германіи, законодательство пыталось ограничить роскошь, т. е. непроизводительное потребленіе изъ хвастовства¹⁷¹); но пришлось отказаться отъ выполненія этихъ законовъ: законы о роскоши вообще приходили *in desuetudinem*.

¹⁶⁸) L. 1. pr. 10. pr. D. de curat. fur. (27. 10.)

¹⁶⁹) Пухта Pand. §. 425.

¹⁷⁰) L. 34—36 C. d. donat. (8. 54.)

¹⁷¹) Рошеръ, System Bd. 1. § 235.

Что касается

2) разрушенія чужихъ цѣнностей, *Lex Aquilia* ¹⁷²⁾ обязываетъ каждаго къ самой внимательной осторожности относительно имущества другихъ, и подвергаетъ ответственности за всякія произвольныя дѣйствія, ведущія къ разрушенію чужаго капитала ¹⁷³⁾. Разрушеніе чужихъ цѣнностей у римлянъ называется *damnum injuria datum*. Добавка *injuria* указываетъ, что есть случаи, когда можно по праву причинить вредъ другому. Уже въ 12 таблицахъ были постановленія о *Damnum*. Затѣмъ были изданы новые законы. Наконецъ всѣ они были замѣнены *Lex Aquilia*. *Lex Aquilia*, говоритъ Ульпіанъ, *omnibus legibus, quae ante se de damno locutae sunt, derogavit, sive duodecim tabulis sive alia quae fuit, quas leges nunc referre non est necesse* ¹⁷⁴⁾. Законъ этотъ — плебисцитъ, изданный по предложенію народнаго трибуна Аквилія ¹⁷⁵⁾. Первоначально сила его простиралась на *damnum corpore corpori datum*; затѣмъ путемъ интерпретаціи онъ былъ примѣненъ и къ косвенному поврежденію вещей, наконецъ практика распространила его и на другія поврежденія, вытекающія изъ положительныхъ дѣйствій всякаго рода; *sed si non cor-*

¹⁷²⁾ Сравн. выше. Этюдъ I. стр. 4.

¹⁷³⁾ Практики распространили опредѣленія *Lex Aquilia* и на случаи разрушенія рабочихъ силъ. Пухта *Pand.* § 388.

¹⁷⁴⁾ L. 1. D. ad. leg. Aquil. (9. 2.)

¹⁷⁵⁾ Cit. L. 1. § 1.

pore damnum datum neque corpus laesum fuerit, sed alio modo damnum alicui contigerit, quum non sufficiat neque directa neque utilis Aquilia, placuit eum, qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri, veluti si quis misericordia ductus alienum servum compeditum solverit ut fugeret ¹⁷⁶).

Lex Aquilia имѣлъ въ виду заставить каждаго быть въ высшей степени внимательнымъ и осторожнымъ относительно чужаго имущества. Сдѣлавшій поврежденіе отвѣчаетъ и за culpa levissima ¹⁷⁷), т. е. во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда нѣтъ casus. Culpa для Lex Aquilia не имѣетъ степеней. Для договорныхъ отношеній масштабомъ рачительности былъ bonus paterfamilias; но для Lex Aquilia этотъ масштабъ былъ „совсѣмъ непримѣнимъ; нельзя же допустить, чтобы каждый относился ко всему внѣшнему міру, какъ къ „своему хозяйству“. и поступалъ какъ „добрый хозяинъ“, Ходячее воззрѣніе, будто такой масштабъ слѣдуетъ примѣнять и къ случаямъ Lex Aquilia, есть непонятная нелѣпость. Мы вовсе не напѣрены напѣчать степени для culpa, а только полагаемъ, что для Lex Aquilia нѣтъ никакихъ степеней, а есть только culpa и casus.

Нарушитель долженъ вознаградить за разрушенную цѣнность; при вычисленіи вреда поставленъ еще особый, убыточный для него modus ¹⁷⁸);

¹⁷⁶) § 16. J. d. leg. Aquil. (4. 3.) .

¹⁷⁷) L. 44. pr. D. ad. leg. Aquil. (9. 2.): In lege Aquilia et levissima culpa venit.

¹⁷⁸) L. 2. pr. 11. § 2. L. 27. § 5. eod.

кроме того онъ долженъ вознаградить и за всякій дальнѣйшій косвенный вредъ, еслибы даже послѣдній и не былъ имъ предвидѣнъ¹⁷⁹⁾. Совершенно иного свойства начала для договорныхъ отношеній, когда чрезъ нарушеніе договорныхъ обязательствъ одинъ контрагентъ разрушаетъ цѣнность другаго. Здѣсь уже идетъ не о томъ, какова воля законодателя и каковы средства, указанныя имъ для отвращенія вреда относительно чужаго имущества. Въ области договорныхъ отношеній коренной принципъ тотъ, что право даетъ полный просторъ соглашенію контрагентовъ, и только когда нѣтъ такого соглашенія, или оно недостаточно, право вмѣшивается, соображая индивидуальныя обстоятельства, сообразно предполагаемой волѣ контрагентовъ, причемъ существенно берется бо вниманіе и свойство самой сдѣлки. Такимъ образомъ постановленія о вознагражденіи вреда относительно договоровъ основываются уже на *interpretatio voluntatis*, и потому должны быть совершенно не похожи на опредѣленія *Lex Aquilia*¹⁸⁰⁾. Одинъ контрагентъ не отвѣчаетъ предъ другимъ и за одну *culpa*; точно также не отвѣчаетъ онъ и за косвенный вредъ, не входившій въ его расчетъ. Равнымъ образомъ

¹⁷⁹⁾ Срвн. ниже стр. 315.

¹⁸⁰⁾ Современная теорія римскаго права именно хромаетъ здѣсь тѣмъ, что не вполне отчетливо выставляетъ необходимость такого различія: скорѣе наоборотъ, постановленія объ *actio ex lege Aquilia* иногда примѣняются для рѣшенія вопросовъ о вознагражденіи вреда относительно договоровъ.

при оцѣнкѣ мѣрновой цѣны разрушеннаго или поврежденнаго объекта не имѣетъ мѣста невыгодное постановленіе *Lex Aquilia*. Вмѣсто суровости, характеризующей *Lex Aquilia*, здѣсь выступаетъ на первый планъ соображеніе справедливости. Но римское право все таки хромаетъ въ томъ отношеніи, что для нѣкоторыхъ договорныхъ отношеній вмѣстѣ съ предполагаемой *voluntas* находитъ примѣненіе и *Lex Aquilia*. Въ настоящее время врядъ ли можно доказать принявшему вещь на сохраненіе, что его обязанность вознаграждать вредъ будетъ совершенно различна, смотря по тому, будетъ ли поврежденіе въ *res deposita* положительнымъ или отрицательнымъ дѣйствіемъ, а особенно въ тѣхъ случаяхъ, когда трудно и рѣшить, было ли это поврежденіе слѣдствіемъ извѣстнаго поступка или бездѣйствія.

В. Бездѣйствіе продуктивныхъ фондовъ.

1. Собственные фонды.

Каждому должна быть предоставлена свобода пользоваться или не пользоваться своимъ фондомъ. Юридическое принужденіе здѣсь можетъ имѣть мѣсто только по соображенію общаго блага. И римское право вообще признаетъ эту свободу; но оно постановляетъ, что собственникъ поземельнаго участка считается отрекшимся, когда онъ бросаетъ свой участокъ во вредъ земледѣлію или другому общественному интересу, а между тѣмъ кто нибудь другой завладѣлъ этимъ участкомъ, обрабатываетъ и въ теченіе двухъ лѣтъ не получаетъ

отъ собственника вознаграждения за сдѣланныя имъ затраты и издержки ¹⁸¹⁾).

2. Помѣха другому въ пользованіи своимъ фондамъ.

Она возможна:

а) Посредствомъ одного только владѣнія или задержанія чужой вещи. Римское право постав-
ляетъ каждому въ обязанность не отнимать у
другаго производительныхъ силъ вещи, незаконно
завладѣвая вещью, и заставляетъ владѣльца воз-
наградить за *fructus percipiendi*, предполагая, что
владѣлецъ этотъ *in culpa*, или какъ выражаются
римскіе юристы, *in mala fide*. Но собственникъ
можетъ требовать только то, что у него дѣйстви-
тельно отнято, т. е. *fructus ex re* или, что то
же, онъ можетъ изъяслять претензію только на
utilitas circa rem ipsam. Подъ *utilitas* здѣсь
слѣдуетъ разумѣть только одну поземельную
ренду ¹⁸²⁾. Владѣлецъ не можетъ отговариваться
тѣмъ, что за недостаткомъ оборотнаго капитала
или рабочихъ силъ или по другой причинѣ онъ
не можетъ производить что нибудь или долженъ
ограничить производительность. Этотъ вопросъ
обсуждается скорѣе съ точки зрѣнія, какая умѣстна
для *dominus*. *Generaliter autem*, говоритъ Папи-
ніанъ, *quum de fructibus aestimandis quaeritur*,

¹⁸¹⁾ L. 8. C. d. omni agro des. (11. 59.)

¹⁸²⁾ Вѣдь постановленія относительно *fructus percipiendi*
не могутъ быть строже, чѣмъ относительно *fructus per-
cepti*. А послѣдніе всегда вознаграждаются только пропор-
ционально чистому у доходу. Hoc *fructuum nomine contineri*,
говоритъ Діоклетіанъ, *quod justis sumptibus deductis super-
est, non ambigitur*. L. 46. D. d. usuris. (22. 1.)

constat animadverti debere, non an malae fidei possessor fruiturus sit sed an petitor frui poterit, si ei possidere licuisset ¹⁸³⁾.

b) Ктонибудь, принявши на себя обязательство доставить или предоставить производительный фондъ, не исполняетъ своего обязательства, напр. продавший или купившій впадаетъ in mora, наемщикъ не передаетъ *res locata* или наниматель не возвращаетъ ее. Здѣсь тоже, относительно отнятыхъ у кредитора производительныхъ силъ и потерянныхъ для него чрезъ это продуктовъ, возвращается только *utilitas circa rem ipsam*, а не то, что кредиторъ за это время могъ сдѣлать самъ, распорядясь производительными силами. Вотъ почему говорится: *quum per venditorem steterit, quominus rem tradat, omnis utilitas emtoris in aestimationem venit, quae modo circa rem ipsam consistit. Neque enim si potuit ex vino, puta, negatori et lucrum facere, id aestimandum est* ¹⁸⁴⁾. Цѣли покупателя относительно купленныхъ товаровъ безразличны для продавшаго, если онъ на этотъ счетъ не принялъ на себя прямо выраженныхъ или подразумеваемыхъ ¹⁸⁵⁾ обезпеченій. Если купившій впаде in mora относительно уплаты покупной цѣны, то продавший можетъ требовать только процентовъ за просроченное время;

¹⁸³⁾ L. 62. § 1. D. d. R. V. (6. 1.)

¹⁸⁴⁾ L. 21. §. 3. D. d. A. E. V. (19. 1.)

¹⁸⁵⁾ Подразумеваемое обезпеченіе всего интереса должникъ принимаетъ на себя въ томъ случаѣ, если напр. онъ обязался доставить товаръ въ опредѣленное мѣсто. L. 2. § 7. 8. D. d. eo quod certo loco. (13. 4.)

это потому, что сумма денегъ сама по себѣ не можетъ давать ничего, кромѣ процентовъ. *Venditori, si emtor in pretio solvendo moram fecerit, usuras duntaxat praestabit, non omne omnino quod venditor mora non facta consequi potuit, veluti si negotiator fuit et pretio soluto ex mercibus plus quam ex usuris quaerere potuit* ¹⁸⁶). Точно также и для покупателя безразличны цѣли продавца относительно слѣдуемой ему покупной цѣны. Приведенныя выше указанія римскаго права очевидно заключаютъ въ себѣ общій принципъ, и потому могутъ быть обобщены далѣе предѣловъ одного только покупнаго договора. Они вовсе не противорѣчатъ другимъ указаніямъ ¹⁸⁷). Очевидно, что всѣ эти мѣста говорятъ только о *lucrum cessans*, которое не подходитъ подъ понятіе вреда (*damnum*), ни косвеннаго вреда, но подходитъ подъ болѣе высшее и общее понятіе интереса; они не отказываютъ совершенно контрагентамъ въ правѣ на *lucrum cessans*, но ставятъ на первый планъ вопросъ: что одинъ контрагентъ можетъ требовать какъ *lucrum cessans*, когда другой контрагентъ по своей воле лишаетъ его въ теченіе опредѣленнаго времени производительныхъ силъ договорнаго объекта; слѣдуетъ ли при исчисленіи потерянныхъ продуктовъ для одного кредитора принимать въ расчетъ и его предпріимчивость, или же только одну производительность

¹⁸⁶) L. 19. D. d. peric. (18. 6.)

¹⁸⁷) Указанія *ad legem Aquiliam* не должны быть сюда относимы; сила ихъ, какъ замѣчено выше, имѣетъ свою собственную область.

самого объекта, безъ всякихъ постороннихъ соображеній? Рѣшеніе такое: предприимчивость кредитора не берется въ расчетъ ¹⁸⁸⁾. Онъ получаетъ *lucrum cessans*, но не *omne omnino, quod lucrari potuit*, а только *utilitas circa rem ipsam*. И причины этого мы можемъ выразить здѣсь категорически: 1) потому что *omne lucrum* не можетъ быть опредѣлено съ точностью; 2) потому что должникъ, который въ доставленіи цѣнности впадаетъ *in mora*, самъ по себѣ и независимо отъ другихъ соображеній, можетъ отвѣчать только за продукты этой цѣнности; наконецъ 3) потому что нельзя предположить у разумнаго контрагента намѣреніе, отвѣчать въ случаѣ *mora* за всѣ возможные виды прибыли кредитора. Но этимъ еще не сказано, что кредиторъ не получаетъ ничего, кромѣ *utilitas circa rem*. Безъ сомнѣнія онъ имѣетъ право требовать всѣхъ цѣнностей, которыя потеряны для него косвенно вслѣдствіе *mora*; но дѣло въ томъ, что и здѣсь цѣли контрагента не принимаются въ соображеніе. Если кто нибудь продаетъ пшеницу, и затѣмъ впадаетъ *in mora* от-

¹⁸⁸⁾ Римскіе юристы высказываютъ здѣсь тотъ же принципъ, какой имѣетъ силу относительно возвращенія и вознагражденія за *fructus percipiendi* со стороны *malae fidei possessor*. Что оба эти вопроса тѣсно связаны между собой и считаются сродными, на это указываетъ надпись *Tit. Dig. 22. 1. de usuris et fructibus*. Оба эти указанія не возудили бы и споровъ, если бы ученые не были связаны традиціонной школьной системой и не раздѣляли двухъ ученій, которыя связаны между собой по содержанію и существу.

носителю передачи, то для него не рождается никакихъ обязательствъ изъ того обстоятельства, что купившій имѣлъ въ виду кормить пшеницей рабовъ, и что вслѣдствіе того рабы вымерли съ голоду ¹⁸⁹⁾). Въ силу договора продавшій долженъ купившему опредѣленную цѣнность въ формѣ пшеницы, но не обезпечилъ для него всѣхъ тѣхъ цѣлей, какія имѣетъ онъ относительно пшеницы.

При *damnum in jura datum* можетъ случиться, что для потерпѣвшаго вредъ въ теченіе опредѣленнаго времени теряются производительныя силы поврежденной вещи, тогда наступаетъ дѣйствіе *Lex Aquilia* во всей ея строгости. Потерпѣвшій вредъ получаетъ *omne omnino quod lucrari potuisset* ¹⁹⁰⁾). Только въ примѣненіи этого закона въ практикѣ видны колебанія—это потому, что по нашему взгляду нельзя въ точности рѣшить вопроса о томъ, что могъ бы сдѣлать потерпѣвшій вредъ съ поврежденной вещью за то время, когда вещь эта была негодна отъ поврежденія. На это намекаетъ и Ульпіанъ: *ubi damni injuria agitur ob retia, non piscium, qui ideo capti non sunt, fieri aestimationem, quum incertum fuerit an caperentur. Idemque et in venatoribus et aucupibus probandum* ¹⁹¹⁾).

Юстиніанъ постановилъ, что при разрушеніи опредѣленной цѣнности, весь интересъ не долженъ превышать больше чѣмъ вдвойнѣ разрушенную цѣнность. Если разрушенная цѣнность требуетъ

¹⁸⁹⁾ cit. L. 21. § 3. D. d. A. E. V. (19. 1.)

¹⁹⁰⁾ L. 33. pr. in f. D. ad leg. Aquil. (9. 2.)

¹⁹¹⁾ L. 29. § 3. i. f. eod.

опредѣленія, какъ это бываетъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда вредъ причиненъ безъ разрушенія объекта опредѣленной цѣнности, то вознагражденію подлежитъ только тотъ вредъ, какой окажется по опредѣленію. И такъ какъ это постановленіе вообще говоритъ о вознагражденіи интереса, — то и не дѣлаетъ никакого различія между *damnum* и *lucrum*. Такимъ образомъ въ первомъ случаѣ, при исчисленіи *alterum tantum* должно быть включено и *lucrum cessans*, а во второмъ случаѣ должно быть вознаграждаемо только *lucrum cessans*, какое дѣйствительно окажется по опредѣленію ¹⁹²⁾.

Намѣреніе Юстиніана, какъ самъ онъ говоритъ, было двоякое:

1) привести къ опредѣленному размѣру вознагражденіе дѣйствительныхъ поврежденій, чтобы тѣмъ прекратить доходящую *in infinitum* ликвидацію интереса, которая съ одной стороны была

¹⁹²⁾ Cit. l. un. C. (7. 47.) Конституція обнимаетъ *omnes casus*, и различаетъ только: *casus, qui certam habent quantitatem et naturam*, и: *casus qui incerti esse videntur*. Дальнѣйшее различіе между договоромъ и преступленіемъ, между умысленнымъ и неосторожнымъ разрушеніемъ цѣнности не имѣетъ здѣсь мѣста. По этому конституція получаетъ примѣненіе безъ соображенія подобныхъ различій. При покупномъ контрактѣ, въ случаѣ разрушенія *res vendita* договорная цѣна служитъ нормой для опредѣленія *duplum*, такъ какъ это *pretium* есть договорная цѣнность *res vendita*. Покупщикъ, не соглашаясь на это, сталъ бы въ противорѣчіе съ самимъ собою, и ему можно было бы противопоставить *exceptio doli*. См. Выпускъ IV. Стр. 24. Сравн. также cit. L. 21. § 3. d. A. E. V. (19. 1.) — *pretium tritici.... consequitur*.

безчеловѣчна, а съ другой обременяла судей и запутывала процессы. Онъ оправдываетъ такое ограничение, понимая вознагражденіе вреда въ смыслѣ поена, и говорить:—*cum sciamus esse naturae congruum; eas tantummodo poenas exigi, quae vel cum competenti moderamine proferuntur vel a legibus certo fine conclusae statuuntur.*

2) Свести вознаграждаемый интересъ до размѣровъ дѣйствительнаго поврежденія, въ тѣхъ случаяхъ, если невозможенъ законный предѣлъ вслѣдствіе неопредѣленности самаго объекта, и такимъ образомъ устранить всякое вѣроятное исчисленіе интереса, *ut hoc, quod revera inducitur damnum, reddatur.* Съ этимъ вмѣстѣ подлежащій вознагражденію косвенный вредъ ограниченъ случаями доказанной причинною связи, а что касается *lucrum cessans*, прямо устранена претензія на *omne omnino quod creditor lucrari potuisset.*

V

Вліяніє нравственности на развитіє права.

Подъ „нравственностью“ я понимаю ¹⁹³⁾ преобладающее вліяніє филантропіи и справедливости на поступки чловѣка. Жизнь подъ господствующимъ вліяніємъ обоихъ этихъ мотивовъ римляне называли; *honeste vivere*. Филантропіи соотвѣтствуетъ *bonum* и правило: *neminem laede*; справедливости соотвѣтствуетъ *aequum* и правило: *suum cuique tribue*.

Мы бѣгло укажемъ здѣсь на то вліяніє на развитіє и образованіє гражданскаго права, какое оказываютъ филантропія и справедливость, врожденныя каждому чловѣку, но въ своемъ проявленіи задерживаемыя противунравственными побужденіями. Съ предыдущими этюдами этотъ этюдъ вяжется изреченіємъ Вэкона: „богатство—багажъ добродѣ-

¹⁹³⁾ Какъ извѣстно, моралисты не согласны между собой на счетъ этого понятія. Сравни. Шопенгауера брошюра объ основаніи морали.

тели“ ¹⁹⁴⁾, и той неоспоримой истиной, что *aequitas* может получить настоящее значеніе въ примѣненіи права только при помощи политической экономіи.

1. *Филантропія.*

Благорасположеніе, гуманность, собственно говоря, суть только виды болѣе общаго понятія, именно: любовь ко всему органическому; она прежде всего обнаруживается въ любви къ людямъ и затѣмъ съ развитіемъ образованности распространяется на животныхъ ¹⁹⁵⁾ и растенія. Мало того, есть философы, которые изъ того же источника объясняютъ и удовольствіе при видѣ дѣйствія силъ неорганической природы. Филантропія обнаруживается также въ боли, которую называютъ „сочувствіемъ“ ¹⁹⁶⁾.

Какъ скоро гуманность развита въ значительной степени и стала чертой народнаго характера, она

¹⁹⁴⁾ Serm. fid. XXXIV. Divitiae cognomine magis proprio vocare nequeam, quam ut appellem impedimenta virtutis. Sicut enim se habent impedimenta ad exercitum, ita divitiae advirtutem; quinetiam cura illarum victoriam saepe disturbat.

¹⁹⁵⁾ Успѣхъ нравственности нашего времени обнаруживается въ законахъ противъ истязаній животныхъ.

¹⁹⁶⁾ Понятіе, «филантропія» есть понятіе a priori и также мало поддается опредѣленію, какъ и понятіе эмпирическое. Довольно будетъ и того, если сумѣетъ разъяснить понятіе и наглядно показать значеніе его на примѣрахъ. Аподиктической точности относительно полноты такимъ образомъ добытаго понятія конечно нечего и требовать. Сравни. Кантъ, Критика чистаго разума, 3 изд. Стр. 756-757.

тотчасъ же начинаетъ обнаруживать вліяніе на право. Постепенно исчезаютъ юридическія нормы и юридическіе институты, противныя гуманности. Такъ исчезаетъ безусловная семейная тираннія надъ женой, дѣтьми и рабами. У римлянъ мало по малу исчезаетъ институтъ *manus*, т. е. строгая власть главы семейства надъ женой; жена постепенно перестаетъ считаться *filiae loco*, и рядомъ съ мужемъ приобретаетъ болѣе независимое и болѣе достойное положеніе. *Patria potestas* надъ нисходящими, первоначально дававшая право выбрасывать и умерщвлять дѣтей, теряетъ свою суровость и *filius-familias*, сначала не болѣе, какъ орудіе приобрѣтенія для *patrens*, становится способнымъ владѣть своимъ собственнымъ и независимымъ имуществомъ. Невыгодное положеніе эманципированныхъ дѣтей относительно дѣтей состоящихъ еще подъ отеческой властью, и когнатовъ относительно агнатовъ мало по малу устраняется. Наконецъ *servitus* принимаетъ болѣе и болѣе мягкій характеръ. Гуманность затѣмъ устраняетъ и противныя ей юридическія послѣдствія постановленій права. Такъ напр. возникли юридическія ограниченія собственности; такъ при долговыхъ отношеніяхъ возникло ограниченіе исполненія относительно имущества должника, *beneficium competentiae* и *cessio bonorum*; такъ относительно положенія: *Qui suo jure utitur, neminem laedet*, возникла *replica doli*. Оскорбительные для чести договоры объявлены недействительными. Гуманность далѣе вызываетъ совершенно новые институты права. Сюда принадлежатъ опека и попечительство, обязанность

давать приданое, содержать и погребать ближайшихъ родственниковъ. Далѣе, филантропія обнаруживается въ соображеніи вообще человѣческихъ слабостей, и затѣмъ въ тѣхъ отступленіяхъ отъ строгой послѣдовательности, которыя чрезъ это являются въ правѣ. Сюда принадлежатъ соображеніе возраста, также соображеніе естественнаго легкомыслія женщины, но особенно соображеніе ошибки при юридическихъ сдѣлкахъ и преступленіяхъ. Наконецъ филантропія приводитъ къ уваженію врожденныхъ каждому человѣку чувствъ и наклонностей: чувства религіозности и благочестія, чувства собственнаго достоинства, добраго имени, благопристойности, къ уваженію филантропіи и совѣстливости другихъ, и вотъ является цѣлый источникъ юридическихъ нормъ. Мы укажемъ здѣсь на наказанія за богохульство и пошлху богослуженію; на юридическую защиту, введенную для *res sacrae, sanctae, et religiosae*; на право устранять отъ наслѣдства дѣтей за грубую съ ихъ стороны непочтительность къ родителямъ; укажемъ также на наказаніе за обиды, за пятнаніе добраго имени, за намеренно оказанную непристойность, наказаніе за неблагодарность посредствомъ уничтоженія даренія, наказаніе за упреки въ совершеніи преступленій и въ разнаго рода нечестности.

2. *Справедливость.*

Развиваясь постепенно въ народѣ и эта сторона человѣческаго характера также высказываетъ себя въ положительномъ правѣ. Чувство необхо-

димости держать данное слово и платить за оказанное доверіе ¹⁹⁷⁾ стало у римлянъ источникомъ двухъ важныхъ юридическихъ положеній: 1) *Pacta sunt servanda*; 2) *is natura debet, cujus fidem sequuti sumus*. Сюда же относится и соображеніе *bona fides*. Въ примѣненіи права мало по малу возникаетъ принципъ, что слѣдуетъ соображать не только слова, но и духъ, т. е. намѣреніе законодателя, а это правило повело къ толкованію права и къ аналогіи. Совокупность положительныхъ правилъ, отвѣчавшихъ требованіямъ справедливости, римляне обозначали выраженіемъ „*aequitas*“ ¹⁹⁸⁾. *Aequitas* является:

1) противоположностью буквѣ закона. „Духъ закона долженъ господствовать надъ буквой закона“, вотъ каковъ принципъ императора Константина. *Placuit in omnibus rebus praecipuum esse iustitiae aequitatisque quam stricti juris rationem* ¹⁹⁹⁾. *Aequitas* слѣдовательно здѣсь означаетъ ratio закона, найденное путемъ толкованія. Въ другомъ мѣстѣ мы показали какимъ образомъ политическая экономія даетъ ключъ къ разумнѣю ratio многихъ законовъ. Политическая экономія есть, слѣдовательно, наука, которая въ области

¹⁹⁷⁾ «*Aequitas*» тоже не допускаетъ опредѣленія, и можетъ быть только разясняема, хотя точность и полнота этого разясненія всегда допускаетъ сомнѣніе.

¹⁹⁸⁾ *In omnibus quidem, maxime in jure aequitas spectanda est*, говоритъ Павелъ, *L. 90. D. d. R. J. (50. 17.)* Проводится рѣзкое различіе между *aequum* и *licitum*, — *iniquum* и *illicitum*.

¹⁹⁹⁾ *L. 8. C. d. jnd. (3. 1)*

права вызываетъ къ господству *aequitas*, а не „ставить на мѣсто справедливости грубый материализмъ“, какъ утверждаютъ ограниченные теоретики съ важной педантической заносчивостью. Если раскрытіе *aequitas* въ правѣ Ульпіанъ ²⁰⁰⁾ признаетъ какъ *vera, non simulata, philosophia*, то для массы законовъ политическая экономія есть истинная, т. е. практическая философія права, не похожая на фразеологію философіи права. — На сколько путемъ толкованія можно достигнуть аналогіи, слѣдовательно можно найти норму для даннаго конкретнаго случая, когда нѣтъ для такого случая прямо выраженнаго закона, римскіе юристы совершенно правы, говоря: *haec aequitas suggerit, etsi jure deficiamus* ²⁰¹⁾. — *Aequitas* является:

2) при юридическихъ сдѣлкахъ противоположностью прямо выраженной словесной формѣ: она есть *id quod actum est*, въ противоположность *id quod dictum est*; она слѣдовательно тождественна съ *bona fides*. Вотъ почему Ульпіанъ говорить: *Bona fides, quae in contractibus exigitur, aequitatem summam desiderat* ²⁰²⁾. *Aequitas* есть слѣдовательно соображеніе невыраженной и подразумеваемой воли контрагентовъ и завѣщателя. Здѣсь предполагается точное знаніе фактическихъ отношеній и жизни, и такимъ образомъ и для

²⁰⁰⁾ L. 1. § 1. D. d. just. et jure. (1. 1.)

²⁰¹⁾ L. 2. § 5. D. (39. 3.)

²⁰²⁾ L. 81. pr. D. Depositi. (16. 3.)

изясненія юридическихъ сдѣлокъ политическая экономія является помощницей для *aequitas*.

Впрочемъ, соображая *aequitas*, слѣдуетъ различать точкузрѣнія практическаго юриста, съ какою онъ долженъ проводить *aequitas* въ примѣненіи, и точку зрѣнія законодательную. Какъ скоро положительное право вовсе устраняетъ *aequitas*, практическій юристъ тоже не долженъ и думать объ *aequitas*, какъ бы ни возставало противъ этого его чувство. Такъ и римскіе юристы только въ кругу законныхъ границъ соображали положенія: *Pacta sunt servanda* и *is natura debet, cujus fidem sequuti sumus*.

Когда нравственный элементъ болѣе и болѣе проникаетъ право и получаетъ преобладаніе въ примѣненіи права, юриспруденція перестаетъ быть чисто механическимъ знаніемъ; она становится тѣмъ искусствомъ, которое такъ прекрасно и такъ мѣтко обозначено юристомъ Цельзомъ: *ars aequi et boni* ²⁰³).

²⁰³) L. 1. pr. D. d. just. et jure. (1. 1.)

ПРИЛОЖЕНІЕ.

Логическая и математическая сторона гражданского права.

Можно возводить къ философскимъ началамъ юридическія нормы, т. е. изслѣдовать ихъ принципы. Но можно возводить къ философскимъ началамъ и юриспруденцію, т. е. работы юридическаго разума, или изслѣдовать, почему юристы, взявши матеріаломъ для своей мысли юридическія нормы, сдѣлали то и другое, сдѣлали такъ или иначе. Пѣсѣдній видъ юридической философіи есть ничто иное, какъ разъясненіе юридической дѣятельности изъ началъ психологіи, т. е. изъ природы человѣческаго разума. Если данная наука разрабатывается цѣлыя столѣтія, то слѣдуетъ предположить, что на этой области разумъ человѣческій испробовалъ всѣ свои силы, и примѣнилъ ихъ къ дѣлу на столько, сколько допускаетъ свойство самаго предмета. Такой наукой можно воспользоваться для того, чтобы распознать отдѣльныя силы ра-

зума, т. е. чтобы сдѣлать психологическія изслѣдованія. Наоборотъ, зная психологію, можно изслѣдовать, что вообще разумъ можетъ сдѣлать въ данной наукѣ, и сдѣлалъ ли на самомъ дѣлѣ. Если съ такой цѣлью обратиться къ юриспруденціи, то предъ нами само собою является очертаніе этой науки, сразу видно, какъ далеко ушла она въ своихъ изысканіяхъ, и что еще ей остается сдѣлать. Съ этой цѣлью я отнесся къ области гражданского права, и оказалось, что хотя право слѣдуетъ изучать, но что юриспруденція можетъ быть построена аргіогі Я нашелъ полезнымъ обнародовать это изслѣдованіе и приложить его здѣсь, такъ какъ оно существенно дополняетъ этюдъ о принципахъ гражданского права и служитъ отчетливымъ развитіемъ математической и логической стороны гражданского права, упомянутыхъ прежде мимоходомъ.

Взявши матеріаломъ для своей мысли юридическія нормы, человѣческій разумъ необходимо ограничиваетъ свою дѣятельность троякимъ изслѣдованіемъ: изслѣдованіемъ:

1. тождества (различія, сходства).
2. слѣдствія (по аксіомѣ противорѣчія).
3. причинности.

Распоряжаясь этимъ матеріаломъ, разумъ можетъ только:

- ad 1: сравнивать,
- ad 2: заключать,
- ad 3: раскрывать причины и дѣйствія.

Чтобы не запутаться въ этой работѣ, разумъ пользуется своимъ собственнымъ вспомогательнымъ средствомъ. Именно, сознавая неотразимую потребность обнимать заразъ мыслью множество различныхъ предметовъ, разумъ, такъ сказать, строитъ орудія, которыя называются „понятіями“, и для удержанія въ памяти они обозначаются особыми терминами. Такимъ образомъ онъ доходитъ до юридическихъ понятій и юридической терминологіи. Всѣ такія понятія суть отвлеченія изъ конкретныхъ представленій. Сюда принадлежатъ понятія: права, (возможность дѣйствовать), юридического акта, контрактъ и т. д. Такія понятія разумъ опять можетъ взять матеріаломъ для упомянутого выше троякаго изслѣдованія. Разумъ изслѣдуетъ:

1. Тождество, различіе, сходство понятій.
2. Слѣдствія понятій по аксіомѣ противорѣчія, т. е. посредствомъ аналитическаго умозаключенія разумъ разлагаетъ данное понятіе на его составныя части.

3. Причинность т. е. разумъ изслѣдуетъ существенныя условія, при которыхъ возможно понятіе (напр. возникновеніе собственности), возможно его исчезновеніе (гибель) и его дѣйствительность (защита).

Чтобы заразъ обнять мысленно множество юридическихъ понятій, напр. понятія договора и завѣщанія, разумъ составляетъ высшія понятія, напр. понятіе юридического акта (*Rechtsgeschäft*), которыя опять являются только отвлеченіями изъ конкретныхъ представленій.

Такимъ образомъ въ указанной тройкой дѣятельности разумъ имѣетъ дѣло или 1), прямо съ юридическими нормами или 2) съ юридическими понятіями.

Отъ природы человѣкъ имѣетъ склонность приводить въ порядокъ представляющіяся подробности, т. е. группировать то, что можетъ быть группировано. Далѣе, человѣкъ имѣетъ склонность изъ массы отдѣльныхъ матеріаловъ вывести зданіе, или, какъ выражаются, обращаться архитектурно съ матеріаломъ. Порядокъ и система это совсѣмъ не одно и то же. То, что приведено въ порядокъ, не есть еще система, и съ другой стороны система можетъ быть очень безпорядочной, если стать искать въ ней группировки матеріала по сходству и различію. Если масса матеріаловъ приведена въ порядокъ и затѣмъ выстроена система, отдѣльныя части могутъ существенно измѣнить свое положеніе. Юридическія понятія, по самой природѣ своей, могутъ только быть приведены въ порядокъ; напротивъ относительно юридическихъ нормъ возможенъ не только порядокъ, но и система.

Рубрики для порядка называются схемой. Такимъ образомъ относительно юридическихъ нормъ возможна схема и система. Система отличается отъ схемы тѣмъ, что она составляетъ единство, въ которомъ одна часть связана съ другой, — она отличается также своимъ постоянствомъ. Схемы могутъ быть различны, но система можетъ быть только одна.

Въ схему юридическихъ нормъ можетъ войти

весьма немного самых обширных по содержанию рубрикъ. Такую схему римляне начертили въ положеніи: *omne jus pertinet vel ad personas, vel ad res, vel ad actiones*. Системы же юридическихъ нормъ у Римлянъ нѣтъ; въ предѣлахъ своей общей схемы они схематизируютъ юридическія понятія и косвенно, значить, схематизируютъ и юридическія нормы. У новыхъ юристовъ тоже есть только схемы, и никакой системы.

Такъ какъ порядокъ, какъ и систематизація, лежитъ въ человѣческой природѣ, слѣдовательно есть слѣдствіе естественной склонности, то слѣдовательно и то и другое имѣетъ свою выгоду, и по этой причинѣ можетъ совершаться цѣлесообразно, т. е. можетъ быть дѣломъ разума. Схема и система помогаютъ памяти; но система не такъ обременительна для памяти, какъ схема; она даетъ возможность развивать юридическія нормы, тогда какъ при схемѣ ихъ пришлось бы заучивать.

Постройка системы изъ юридическихъ нормъ возможна только въ томъ случаѣ, если имѣть въ виду ея цѣль. Специальныя цѣли подчиняются болѣе высшимъ (т. е. болѣе общимъ) цѣлямъ и наконецъ соединяются всѣ въ самой высшей (т. е. самой общей) цѣли „общественнаго блага“. Римскіе юристы не допускали никакого изслѣдованія относительно *ratio* юридическихъ нормъ, считая невозможнымъ рѣшеніе такой задачи, и понятно послѣ этого, что они не могли создать системы гражданского права. Такому же взгляду слѣдуютъ и новыя юристы. Въ другомъ мѣстѣ мы показали, что въ настоящее время возможны изслѣдованія

относительно rationes. Но чтобъ не впасть въ заблужденіе, нужно очень осторожно приниматься за подобную работу, слѣдуя тому правилу, которое Бэконъ выставилъ для изслѣдованій въ области физики: постепенно отъ ближайшаго ratio нужно восходить къ болѣе высшему, а не перескакивать сразу къ высшей цѣли данной нормы, и потомъ уже изъ этой цѣли выводить болѣе спеціальныя rationes. Разсмотримъ же точнѣе, что можетъ дѣлать разумъ съ юридическими нормами и юридическими понятіями.

ГЛАВА I.

Юридическія нормы.

I. Какъ предметъ сравненія съ цѣлью раскрыть тождество, сходство или различіе.

Тутъ возможны слѣдующіе разнообразныя приемы.

§ 1.

Юридическія нормы сравниваются съ другими нормами. Этимъ путемъ открывается понятіе юридической нормы. Описаніе этого понятія называется опредѣленіемъ. Нормы, составляющія противоположность нормамъ права, можно обозначить общимъ выраженіемъ естественныхъ законовъ. Эти законы выражаютъ принужденіе, которому человѣкъ подчиненъ непосредственно, въ

противуположность тому принужденію, которое исходитъ изъ человѣческихъ установленій. Принудительная власть естественныхъ законовъ отчасти лежитъ внѣ человѣка (законы физики ¹⁾), отчасти же въ немъ самомъ, т.е. въ особенной организаціи его душевной жизни, и обнаруживается болѣе или менѣе сильными инстинктами, которые связаны одинъ съ другимъ, но борются и поддерживаютъ другъ друга, и толкаютъ человѣка къ опредѣленному дѣйствию или бездѣйствію, смотря по тому какъ исходъ принимаетъ ихъ борьба между собою. Регуляторъ этихъ инстинктовъ (которые, по Бэкону, могутъ быть опредѣлены количественно, умъ, — въ этой дѣятельности онъ называется разумомъ. Разумъ, опредѣляя послѣдствія даннаго дѣйствія, доходитъ до правилъ, которые называются законами морали ²⁾ въ томъ случаѣ, если они предписываютъ, чтобы человѣкъ постоянно слушался голоса гуманности и справедливости.

§ 2.

Юридическія нормы сравниваются между собою. Этимъ путемъ открываются составныя части данной юридической нормы. Именно, сравнивая между собой юридическія нормы, становится очевиднымъ, что

¹⁾ Относительно отдѣльнаго члвчвѣка возможно принужденіе, выходящее изъ особенной организаціи «общества», и котораго избѣжать невозможно. Законы, ведущіе къ такому принужденію совершенно аналогичны съ законами физики.

²⁾ Ближайшее раскрытіе противуположности между при-
родою и правомъ см. во II прибавленіи.

въ нихъ съ опредѣленнымъ фактомъ соединяется опредѣленное постановленіе, что слѣдовательно, каждая юридическая норма состоитъ изъ двухъ частей—фактическаго предположенія и объявленія воли государства, или короче: изъ *Factum* и *Jus* ³⁾. Такая операція, посредствомъ которой раскрываются части юридической нормы, называется анализомъ ея понятія. Дальнѣйшее сравненіе:

1) разнообразныхъ фактическихъ предположеній, лежащихъ въ основаніи юридическихъ нормъ, показываетъ, что эти предположенія состоятъ или изъ человѣческихъ дѣйствій, или изъ другихъ фактовъ. Такія дѣйствія, съ которыми связаны юридическія послѣдствія, называются юридическими. Затѣмъ открывается, что эти дѣйствія бываютъ или односторонними, напр. предсмертныя распоряженія, или же двустороннія. Далѣе, многія изъ двустороннихъ дѣйствій имѣютъ прямой цѣлью повести къ опредѣленному юридическому послѣдствію. Они называются юридическими сдѣлками. Многія изъ юридическихъ дѣйствій опять отличаются тѣмъ, что заключаютъ въ себѣ согласную волю и согласное изъясненіе воли многихъ лицъ. Такія сдѣлки суть договоры. Такимъ образомъ возникаетъ рядъ юридическихъ понятій и ихъ классификація, а вмѣстѣ съ тѣмъ и обзоръ всѣхъ фактическихъ предположеній, входящихъ въ составъ юридическихъ нормъ ⁴⁾.

³⁾ Кирульфъ, *Theorie des gem. Civilrechts*, Bd. I. Стр. 28.

⁴⁾ Пухта *Pand.* §. 49. 54.

2) Сравненіе разнообразныхъ юридическихъ опредѣленій, выражающихся въ юридическихъ нормахъ, показываетъ, что всегда эти нормы устанавливаютъ принужденіе. Гарантированная государствомъ возможность принудить каждаго къ дѣйствию или бездѣйствию въ данномъ случаѣ называется правомъ или предоставленіемъ (Befugnisz), а съ этимъ связано и соотвѣтствующее понятіе обязанности.

§ 3.

Сравниваются между собой юридическія нормы различныхъ народовъ. Этимъ путемъ открывается различіе и сходство права этихъ народовъ. Такая операція, которую называютъ сравнительной юриспруденціей, приводитъ къ убѣжденію, что во многихъ юридическихъ нормахъ съ однимъ и тѣмъ же фактическимъ предположеніемъ связываются различныя опредѣленія, и этимъ же путемъ познается то, что составляетъ отличительный характеръ права даннаго народа. Древніе римскіе юристы этимъ путемъ открыли свое *Jus proprium Romanorum*, и сообразно съ этимъ всю массу своихъ юридическихъ нормъ раздѣлили на *jus civile* и *jus gentium* ⁵⁾.

§ 4.

Сравниваются юридическія нормы одного и того же народа, и притомъ:

1) Юридическія нормы дѣйствующаго права.

⁵⁾ Сравн. мои этюды: *National Ekonomie und Jurisprudenz*, I. Стр. 6.

При этомъ оказывается, что въ разныхъ мѣстахъ одного и того же государства съ одними и тѣми же фактическими предположеніями связываются различныя постановленія права.

а) Въ нѣкоторыхъ географически отдѣленныхъ округахъ государства. Особенности этого рода обозначаются общими именами: „партикулярное право“, въ противоположность общему праву.

б) Относительно нѣкоторыхъ классовъ лицъ или вещей. Эти особенности обозначаются выраженіемъ: *Jus singulare* или *privilegia*, различая затѣмъ: *privileg. personale* и *reale*. Противуположность (общее правило) называется *jus commune*.

с) Оказывается, что многія юридическія нормы при всемъ разнообразіи ихъ фактическихъ предположеній, все таки имѣютъ нѣкоторые общіе фактическіе моменты, какъ свое предположеніе. Когда всѣ юридическія нормы будутъ приведены въ порядокъ соразбно съ этими предположеніями, то получится схема. Какъ замѣчено уже выше, римскіе юристы построили такую схему; но новыя юристы бросили эту такъ называемую систему институцій⁶⁾, какъ совершенно безполезна.

2) Сравниваются нормы современнаго дѣйствующаго права съ нормами временъ прошедшихъ. Этимъ путемъ отеривается, какъ первоначально съ опредѣленнымъ фактомъ было связано опредѣленное *jus*, и какъ потомъ постепенно измѣнилось постановленіе права, или же пополни-

⁶⁾ Gai. I. §. 8.

лось и измѣнялось фактическое предположеніе, а опредѣленіе права оставалось тоже самое. Такимъ образомъ получается исторія данной юридической нормы и права вообще. Этотъ видъ исторіи права можно назвать внѣшней или механической, потому что здѣсь отдѣльные измѣненія не связываются между собой какъ дѣйствія опредѣленныхъ причинъ, отдѣльные моменты развитія не соединяются между собой по закону причинности. Такая исторія не имѣетъ никакого значенія, она забавляетъ только педантовъ, да антикварныхъ крысъ. Значеніе, т. е. пользу, имѣетъ только та исторія права, которая современное право объясняетъ правомъ прошедшаго времени по закону причинности ¹⁾).

§ 5.

Абстрактный фактъ, составляющій фактическое предположеніе данной юридической нормы, сравнивается съ фактомъ, представляющимъ *in concreto*, чтобы узнать, возможно ли примѣненіе взятой юридической нормы къ этому конкретному факту. Если изъ сравненія окажется

¹⁾ Такъ называемая историческая школа не знаетъ какъ и хвастается тѣмъ, что до тошноты разработала эту механическую исторію права. Этимъ она оказываетъ страшное давленіе на духовное развитіе нашихъ молодыхъ юристовъ, и принуждаетъ ихъ не только тратить свое лучшее время на пустяки, но дѣлаетъ ихъ неспособными относиться съ свѣжимъ и живымъ пониманіемъ къ современному отношеніямъ, занимая неугомонно умъ молодежи созерцаніемъ того, что было за царя гороха.

полное согласіе, то такая операція называется „подведеііемъ“. Конкретный случай подводится подъ соотвѣтствующую норму права. Если же вѣсто тождества окажется только сходство, все таки, какъ покажетъ ниже (§ 13), юридическая норма можетъ найти прииѣненіе. Такое прииѣненіе называется аналогическимъ, въ противоположность непосредственному. Подведеііе, будетъ ли оно непосредственное или путемъ аналогіи, есть уже дѣло практика. Дѣло же теоретика расположить, представить и указать историческій ходъ права.

II. Юридическія нормы какъ предметъ умозаключенія.

§ 6.

Изъ юридическихъ нормъ можно дѣлать выводы, т. е. данную юридическую норму можно разложить на отдѣльныя, заключающіяся въ ней нормы. Чтобы узнать, дѣйствительно ли юридическая норма содержитъ въ себѣ нѣсколько нормъ, часто нужны особыя свѣдѣнія, напр. отчетливыя экономическія понятія. Чтобы изъ нѣкоторыхъ юридическихъ нормъ сдѣлать выводы, нужно знать, что наемъ есть купля, что *societas productiva* заключаетъ въ себѣ обмѣнъ цѣнностей⁸⁾, Такихъ выводовъ не должно смѣшивать съ умозаключеніями *ex ratione legis*. Путемъ вывода не образуются новыя юридическія нормы, но только выдѣляются тѣ, какія

⁸⁾ Выпускъ II. Стр. 42.

уже есть. Наоборотъ, рядъ юридическихъ нормъ можно свести къ одной общей нормѣ, относительно которой онѣ не болѣе, какъ логическій выводъ. Напр. цѣлый рядъ юридическихъ нормъ можетъ считаться не болѣе, какъ однимъ только выводомъ изъ общей нормы: „никто не долженъ возвращать больше, чѣмъ сколько получилъ.“ И для этого тоже иногда нужны особня свѣдѣнія, напр. знать, что всѣ мѣновые договоры имѣютъ цѣлю взаимное предоставленіе цѣнностей⁹⁾. Такія общія нормы¹⁰⁾, изъ которыхъ съ логической необходимостью вытекаютъ другія нормы, можно назвать логическими принципами въ отличіе отъ принциповъ иного рода.

III. Юридическія нормы какъ фактъ закона причинности.

§ 7.

На юридическую норму можно смотрѣть какъ на дѣйствіе данной причины. Причины эти бываютъ двоякаго рода. Онѣ могутъ заключаться

1) въ напорѣ фактическихъ отношеній. Такъ, когда общество переходитъ изъ состоянія экономической изолированности къ состоянію раздѣленія труда множество юридическихъ нормъ становится неотразимой необходимостью.

2) Въ свободномъ рѣшеніи законодателя. Вотъ почему относительно закона причинности

⁹⁾ Выпускъ III. Стр. 42. 43. Выпускъ IV. Стр. 28 слѣд.

¹⁰⁾ См. ниже § 12.

слѣдуетъ различать причины и мотивы юридическихъ нормъ. И то и другое римскіе юристы обозначали выраженіемъ: *ratio legis*. Выраженіе очень удачно въ томъ отношеніи, что указываетъ на присущую закону разумность, т. е. на его цѣлесообразность и обозначаетъ законъ какъ продуктъ осмысленной рѣшимости. Но когда нужно оправдать юридическую норму ея логическимъ основаніемъ (§ 6.), т. е. аксіомой противорѣчія, римскіе юристы употребляютъ другое выраженіе, обыкновенно эпитетъ *naturalis* или *naturaliter*. *Naturalis ratio* ¹¹⁾ означаетъ логическое основаніе закона. Обязательство возвратить то, что получено безъ всякаго основанія, основывается на чисто логическомъ выводѣ; вотъ почему о такомъ должникѣ юристы говорятъ *naturaliter debet* ¹²⁾. Но не всегда юридическая норма бываетъ продуктомъ осмысленной рѣшимости; часто она возникаетъ изъ побужденій чисто нравственного чувства. Въ такихъ случаяхъ мотивъ нормы римляне выражаютъ словами: *quia humanum est; quia bonae fidei consensuens est* ¹³⁾ etc. Спрашивается, какъ открыть *ratio legis*, когда послѣднее не выражено въ законѣ. Какъ рѣшить этотъ вопросъ мы показали выше ¹⁴⁾.

Такимъ образомъ сведеніе каждой юридической нормы къ ея *ratio* часто бываетъ весьма затруд-

¹¹⁾ Gai. II. § 79.

¹²⁾ L. 5. pr. D. auct. tutoris. (26. 8.)

¹³⁾ L. 2. e. d. resc. vend. (4. 44.)

¹⁴⁾ См. выше стр. 5 слѣд.

нительно, и мы прямо скажемъ, что до настоящаго времени многимъ юристамъ рѣшительно не давалось это умѣнье. Но съ другой стороны совершенно не справедливо вообще отклонять другихъ отъ такой работы по той причинѣ, что будто бы „отъ этаго право потеряетъ всякую устойчивость“. Врядъ ли что нибудь можетъ быть неустойчивѣе современнаго гражданскаго права. Въ этомъ легко убѣдиться, стоитъ только взглянуть на книги, напр. на пандекты фангеровъ, стоитъ только вспомнить, что уже давно явилась надобность составлять лексиконы спорныхъ вопросовъ, что рѣшеніе спорныхъ случаевъ часто зависитъ отъ личнаго вкуса судьи. Напротивъ неустойчивость права можетъ быть устранена только тогда, когда мы серьезно займемся раскрытіемъ *ratio*, т. е. цѣли юридическихъ нормъ. Но приниматься за такое дѣло не слѣдуетъ до тѣхъ поръ, пока не будетъ къ этому приобрѣтено надлежащаго умѣнья; безъ него работа, какъ и всякое шарлатанство, только увеличитъ зло. Только вглядываясь въ цѣль юридической нормы, и только этимъ путемъ, мы получаемъ возможность раскрыть истинное содержаніе не полно выраженной нормы, иначе: только этимъ путемъ мы получаемъ возможность приняться за толкованіе закона. *Ratio* юридической нормы рѣшаетъ вопросъ, удачно или неудачно она выражена, слѣдуетъ ли распространять или ограничивать ея содержаніе, открывающееся изъ словеснаго выраженія; нужно ли, какъ говорить, толковать норму, распространительно или ограничительно. Понятно само собой, что въ тѣхъ случаяхъ, когда не смотря на все изслѣдованіе,

ratio остается сомнительнымъ, строго слѣдуетъ держаться словесной формы выраженія. Это общее правило: въ сомнительныхъ случаяхъ (т. е. относительно ratio) слѣдуетъ толковать ограничительно. Содержаніемъ юридической нормы въ такомъ случаѣ слѣдуетъ считать только то, что можетъ быть доказано на основаніи словесной формы. Нечего и говорить, что путемъ распространительнаго толкованія не возникаетъ новой юридической нормы ¹⁵⁾.

§ 8.

Если путемъ механическаго сравненія современныхъ юридическихъ нормъ съ нормами временъ прошедшихъ, окажется, что одно и тоже фактическое отношеніе въ теченіи времени подвергалось опредѣленію различныхъ нормъ, или же съ неизмѣннымъ фактическимъ предположеніемъ связывались различныя нормы, въ такомъ случаѣ можно изслѣдовать основанія такихъ послѣдовательныхъ измѣненій юридической нормы, такъ что эти измѣненія получаютъ характеръ дѣйствій извѣстныхъ причинъ. Этимъ путемъ рядомъ съ внѣшней исторіей (§ 4.) возникаетъ внутренняя исторія права. Такая исторія, какъ ни поучительна и какъ ни важна была бы она для юристовъ настоящаго времени, остается нерѣшенной проблемой, даромъ что существуетъ школа, величающая себя исторической. Понятно, что для рѣшенія этой проблемы, нужна та же подготовка, какую мы признали необходимой

¹⁵⁾ Распространительное толкованіе имѣетъ дѣлю только въ томъ, что хотѣлъ сказать законодатель.

для того, чтобы уметь сводить къ ratio юридическія нормы.

§ 9.

Со стороны закона причинности юридическія нормы могутъ представляться не только какъ дѣйствія опредѣленныхъ причинъ, но и какъ причины извѣстныхъ дѣйствій. Подобно хорошему или дурному лекарству, каждая норма проникаетъ въ организмъ общества и вызываетъ за собой хорошія или дурныя послѣдствія. И эти послѣдствія тоже могутъ быть раскрыты и притомъ тѣмъ же самымъ путемъ, какъ и причины юридическихъ нормъ. Будь это невозможно, въ такомъ случаѣ не была бы возможна и внутренняя исторія права, охарактеризованная ближе въ § 8. Въ самомъ дѣлѣ, чтобы связать между собой всѣ послѣдовательныя измѣненія даннаго закона по закону причинности, я долженъ показать всѣ тѣ дѣйствія на общественный организмъ, какія данный законъ оказывалъ, принимая въ теченіи времени различныя формы. Это потому, что каждое измѣненіе имѣло цѣлю — восполнить недостаточность дѣйствія закона въ прежней формѣ, или устранить это дѣйствіе, если оно было дурно. Такимъ образомъ, относительно дѣйствующаго современнаго права, можно дойти до критики права и до возможности предлагать реформы въ законодательствѣ.

§ 10.

Непрерывное сравненіе и умозаключеніе, съ цѣлю открыть тождество, различіе или сходство

*

вещей, или же съ цѣлью открыть между ними отношеніе причинности, или же съ тѣмъ, чтобы привести ихъ въ порядокъ или въ систему, называется мыслью, а когда матеріаломъ служатъ юридическія нормы—юридической мыслью ¹⁶⁾. Если юридическая мысль имѣетъ цѣлью рѣшить юридическій вопросъ, то называется юридическимъ изложеніемъ (*Raisonnement*), а если послѣднее имѣетъ цѣлью убѣдить кого нибудь въ правильности рѣшенія юридического вопроса,—называется дедукціей или юридической дедукціей ¹⁷⁾. Эта дедукція бываетъ теоретической, когда данный вопросъ только постановляется, и практической, когда идетъ дѣло о рѣшеніи юридического вопроса, представляющагося дѣйствительно *in concreto*. Дедукціи судей суть основанія приговоровъ, дедукціи адвокатовъ составляютъ юридическія объясненія въ отвѣтныхъ бумагахъ тяжущихся сторонъ.

§ 11.

Сочетанія мыслей и умозаключеній могутъ возникать такъ быстро, что человѣкъ и самъ не можетъ прослѣдить всю связь мыслей, и ему иногда кажется будто мысль нисходитъ къ нему по вдох-

¹⁶⁾ Такъ называемый «юридическій смыслъ» есть ничто иное, какъ смыслъ вообще; впрочемъ многіе думаютъ, что человѣкъ, имѣя смыслъ вообще, можетъ не имѣть юридического смысла.

¹⁷⁾ Есть юридическія нормы (сравн. ниже § 17), которыя не допускаютъ дедукціи; онѣ познаются непосредственно.

новенію свѣше. Такіе моментально возникающіе результаты мысли, называемые обыкновенно „наитіемъ“, называются идеями. Какъ и всякій результатъ мысли, онѣ могутъ быть истинными и ложными. Изслѣдованіе относительно истинности или ложности идеи, состоитъ въ томъ, что раскрывается и обнимается сознаниемъ та связь умозаключеній, результатомъ которой была данная идея. Особенность идей въ томъ, что онѣ возникаютъ мимовольно. Идея сдѣдовательно есть какъ разъ противоположность тѣмъ результатамъ, которые бывають плодомъ заранѣе обдуманнаго изслѣдованія. Такимъ образомъ при помощи умозаключеній можно доходить до истины двоякимъ путемъ:

- 1) изслѣдуя и находя, или
- 2) схватывая идею и изслѣдуя потомъ ея вѣрность.

Въ послѣднемъ случаѣ дѣлается, значить, открытіе. Послѣ этого ясно, что такое юридическія идеи, что такое юридическое открытіе. Мысль, напр., что принятіе римскаго права въ Германіи было необходимымъ слѣдствіемъ внезапнаго измѣненія фактическихъ отношеній Германіи, эта мысль — юридическая идея, и если будетъ доказана ея истинность, она станетъ юридическимъ открытіемъ.

§ 12.

Рядъ юридическихъ нормъ можетъ удовлетворять одной и той же практической потребности,

т. е. имѣть одну и ту же цѣль, напр. содѣйствовать мѣновому обороту, кредиту. Открывши такую общую цѣль, мы получаемъ положеніе, которое можно назвать юридическимъ принципомъ. Юридическія нормы, связанныя между собою общностью цѣли, называются юридическимъ институтомъ. Всѣ отдѣльныя юридическія нормы, относящіяся къ институту, выводятся изъ одного принципа по аксіомѣ противорѣчія, т. е. онѣ являются логическими выводами изъ одного принципа ¹⁸⁾. Такіе принципы гражданскаго права суть или экономическаго или этическаго свойства ¹⁹⁾. Иначе: всѣ юридическія нормы имѣютъ цѣлью удовлетворить или требованіямъ политической экономіи или морали. Требования морали суть гуманность и справедливость. Юридическіе принципы, будучи принципами морали, не могутъ быть разложены дальше и всѣ нормы, основанныя на этихъ принципахъ, распределяются въ двухъ классахъ. Напротивъ, юридическія нормы, заключающія въ себѣ экономическія положенія, могутъ быть разлагаемы, и наоборотъ, могутъ быть сводимы къ болѣе высшимъ принципамъ. Этихъ путемъ малые институты соединяются въ болѣе крупныя и такъ далѣе.

¹⁸⁾ Сравн. выше Этюдъ 1-й. Тутъ указанъ рядъ юридическихъ институтовъ и юридическихъ нормъ, которые связаны между собою общею цѣлью и являются выводами одного принципа.

¹⁹⁾ Здѣсь нужно замѣтить, что экономическій принципъ есть не то, что общее положеніе, къ которому можно свести рядъ юридическихъ нормъ, руководясь экономическими свѣденіями и понятіями. Сравн. § 6.

§ 13.

Если найденъ принципъ юридической нормы, то по аксіомѣ противорѣчія можно развить другія нормы, и они будутъ тоже юридическими, если только это не запрещено прямо. Напр. юридическая норма, что взявшій порученіе обязанъ касательно переданныхъ ему цѣнностей дать отчетъ поручившему,—эта норма основывается на экономическомъ принципѣ, что государство по возможности должно устранять всякое недоуверіе, которое можетъ мѣшать кредиту цѣнностей,—а отсюда уже общее правило: что всякій, получившій чужую цѣнность, намѣреваясь что нибудь съ ней дѣлать, обязанъ давать отчетъ, а слѣдовательно и *conductor operis* ²⁰⁾. Такой приемъ называется аналогіей. Если при этомъ совершается умозаключение, изъ котораго возникаетъ новая юридическая норма,—умозаключение отъ ближайшаго принципа закона, — то приемъ называется аналогіей закона; если же умозаключение дѣлается отъ высшаго принципа — называется аналогіей права. Такимъ образомъ различается примѣненіе закона прямое и непосредственное. Такъ въ выше приведенномъ примѣрѣ, обязанность взявшаго порученіе—давать отчетъ, аналогически распространяется и на *conductor operis*. При аналогическомъ примѣненіи

²⁰⁾ Здѣсь слѣдуетъ замѣтить, что аналогическое примѣненіе юридической нормы, основанной на экономическомъ принципѣ, различно отъ простаго вывода, сдѣланнаго съ помощью экономическихъ понятій.

юридической нормы, основанной на принципѣ морали, основаніе можетъ быть только одно: *quia aequum est* ²¹⁾. Такія юридическія нормы, добытыя путемъ аналогіи, основываются на дедукціи юристовъ. Такимъ образомъ, въ дополненіе къ сказанному выше (§ 6), теперь открывается, что все право, добытое путемъ дедукціи, двоякаго рода. Оно состоитъ или

1) Изъ чисто аналитическихъ положеній, именно въ томъ случаѣ, когда положеніе, добытое путемъ дедукціи, не заключаетъ въ себѣ ничего новаго. Напр., всякаго рода вмѣшательства женщинъ въ договоры недействительны, слѣдовательно и поручительство женщины тоже недействительно.

2) Изъ синтетическихъ положеній, когда аналогія ведетъ къ тому, что добытое путемъ дедукціи положеніе, заключаетъ въ себѣ нѣчто такое, чего нѣтъ въ юридической нормѣ, которая примѣняется аналогически и послужила основаніемъ дедукціи ²²⁾.

²¹⁾ Напр., юридическая норма, что продавшій защищается противъ *laesio enormis*, прямо держится на гуманности (*quia humanum est*). Аналогическое примѣненіе этой же нормы и относительно купившаго должно имѣть мѣсто потому, *quia aequum est*. Иначе было бы противорѣчіе, очевидное для всякаго, и котораго ни какъ не могъ бы объяснить законодатель.

²²⁾ По этой причинѣ можно и право юристовъ считать источникомъ права, хотя это и испариваютъ нѣкоторые, напр. Кирульфъ.

§ 14.

Изъ сказаннаго до сихъ поръ отъкрывается, что нормы гражданского права выходятъ изъ экономическихъ, этическихъ и логическихъ основаній, или, что тоже, принципы гражданского права тринаго рода. Но есть еще юридическія нормы, которыя не могутъ быть сведены ни къ причинѣ, ни къ мотиву, и не основываются на логическомъ умозаключеніи; это положенія математики въ формѣ юридическихъ нормъ, которыя слѣдовательно безусловно необходимы по математическому основанію. Въ самомъ дѣлѣ, какъ скоро законодатель дѣлаетъ опредѣленія о томъ, что подходитъ подъ понятіе количества, онъ долженъ соображать общія положенія математики. Есть юридическія нормы, въ которыхъ выражена ни больше, какъ только аксіома: всякая величина равна сама себѣ. Сюда принадлежатъ всѣ тѣ юридическія нормы, которыя выше я подвелъ подъ формулу: никто не можетъ платить больше, чѣмъ сколько получилъ. Но иногда довольно затруднительно доказать, что та или другая юридическая норма, есть ни больше какъ выводъ изъ простаго математическаго основанія ²³⁾. Ниже, во второй главѣ, мы увидимъ, что права могутъ представляться какъ величины и есть юридическія нормы, которыя указываютъ на такое количественное отношеніе; эти нормы тоже основываются на какомъ нибудь математическомъ правилѣ. Понятно послѣ

²³⁾ Сравн. вып. IV. стр. 28—39.

этого, что нельзя подвести подъ одинъ общій принципъ всѣ эти четыре элемента, и что въ этомъ смыслѣ невозможна система гражданскаго права. Система здѣсь можетъ быть построена развѣ такъ, что одинъ изъ четырехъ элементовъ будетъ приведенъ въ систему, а три остальные привяжутся къ нему. Мы выше показали, почему только экономическая часть можетъ послужить основаніемъ системы, тамъ же подробно разсмотрѣли вопросъ, какимъ образомъ привязать три другія группы нормъ.

ГЛАВА II.

Юридическія понятія.

I. Какъ предметъ сравненія.

§ 15.

Сравнивая юридическія понятія между собою, можно точно обозначить ихъ границы и узнать, имѣетъ ли данное понятіе свою собственную сферу, или же вполне или отчасти оно проникаетъ въ сферу другаго понятія. Такимъ образомъ сразу получается опредѣленіе и классификація фактическихъ предположеній юридическихъ нормъ, и затѣмъ опредѣленіе и классификація отдѣльныхъ правъ. Черезъ это косвенно устанавливается и классификація самихъ юридическихъ нормъ.

§ 16.

Право есть возможность принужденія. Если сравнить между собою отдѣльныя права и посмотрѣть, въ чемъ состоитъ принужденіе, то выдѣлится множество правъ, въ силу которыхъ можно всякаго принудить дать или оставить предметъ, имѣющій цѣнность. Такимъ образомъ мы признаемъ права какъ идеальныя суррогаты цѣнностей, и совокупность такихъ правъ мы подводимъ подъ понятіе имущественныхъ правъ. Объектъ, суррогатомъ котораго является право, называется объектомъ права. Сравнивая между собою объекты права, мы находимъ, что они бываютъ или вещи, или производительныя силы (пользованіе) капитала или труда. Часто непосредственнымъ объектомъ права бываетъ тоже право, которое все таки имѣетъ свой эквивалентъ въ реальной цѣнности. Имущественнымъ правамъ противопоставляются тѣ права, объектъ которыхъ не имѣетъ цѣнности. Таковы права супруговъ относительно другъ друга, права родителей и дѣтей, и родственниковъ между собою, права, обозначаемыя терминомъ: „семейное право“. Относительно имущественныхъ правъ мы далѣе открываемъ, что при одинаковости объектовъ они могутъ быть съ большимъ или меньшимъ содержаніемъ, т. е. могутъ заключать въ себѣ болѣе или менѣе предоставленій; наконецъ, что они могутъ имѣть различную силу. Понятно, что всѣ имущественныя права подпадаютъ подъ понятіе величины, количества, и притомъ

въ троякомъ отношеніи. Величина правъ бываетъ экстензивная, интензивная и эффективная.

II. Какъ предметъ умозаключенія.

§ 17.

Если права—величины, то они подчиняются общимъ правиламъ математики, и могутъ быть сравниваемы между собою какъ величины. Изъ прижненія къ правамъ положеній математики возникаютъ положенія, которыя необходимо являются юридическими нормами. Въдъ права суть понятія, добываемыя путемъ отвлеченія изъ юридическихъ нормъ; будучи величинами, права представляются такими и законодателю, а это ведетъ за собой своего рода послѣдствія ²⁴⁾. Прежде всего сравнимъ:

А. Права, какъ величины относительно другъ друга.

1. Какъ экстензивныя величины.

§ 18.

Мы находимъ, что одно право можетъ быть больше другаго, по своему объекту; напр. одно

²⁴⁾ Есть юридическія нормы, признаніе которыхъ есть математическая необходимость; онѣ основываются на непосредственномъ воззрѣніи, какъ аксіомы математики. Отсюда слѣдуетъ: 1) такія нормы вѣдъ всякихъ колебаній, и потому относительно ихъ нѣтъ надобности въ тѣхъ пра-

долговое требованіе больше другаго. И такъ какъ всѣ объекты имущественныхъ правъ могутъ быть выражены абстрактно въ своей цѣнности, то сравненіе по объекту возможно относительно всѣхъ разнообразныхъ имущественныхъ правъ.

2. Какъ интензивныя величины.

§ 19.

Если мы сравнимъ разнообразное содержаніе имущественныхъ правъ, то прежде всего выдѣлится группа правъ, которыя ограничиваются *uti frui* относительно вещей. Такъ выдѣляется право полнѣйшаго распоряженія отъ права пользованія, и послѣднее опять развѣтвляется на права, направленные на одно *uti* или *frui*, смотря потому, какъ далеко простирается пользование.

3. Какъ эффективныя величины.

§ 20.

Мы находимъ:

а) что нѣкоторыя права дѣйствуютъ вообще, а другія только относительно опредѣленныхъ лицъ,

вилахъ осторожности, которыя выставлены относительно *regulae juris* въ 1 ч. D. d. R. I. (50. 17.) 2) такъ называемое право юристовъ не только добывается путемъ дедукціи, но основывается и на непосредственномъ воззрѣніи. Сравни. выше § 14. и § 19.

иначе—что принужденіе направляется противъ всякаго или только противъ извѣстныхъ лицъ. Римскіе юристы, представляя себѣ права въ состояніи нарушенія, обозначаютъ ихъ выраженіемъ *actiones*, а указанное различіе правъ выражаютъ терминами *actio in rem* и *actio in personam*. Такъ какъ права первой группы имѣютъ своимъ объектомъ вещь, они называются вещными правами, а послѣднія, по своему содержанію (§ 19), раздѣляются на *dominium* и *jus in re aliena*, а послѣднія опять дѣлятся на *emphyteusis*, *superficies*, *servitus* и *pignus*. Такимъ образомъ математическое разсмотрѣніе имущественныхъ правъ приводитъ къ классификаціи вещныхъ правъ, которую мы находимъ во всѣхъ учебникахъ гражданскаго права.

§ 21.

Мы находимъ:

в) что нѣсколько лицъ относительно одной и той же вещи имѣютъ одно и тоже право (по содержанію), и эти права различаются между собою только по своей дѣйствительности. Такъ различаются: владѣніе, право публиціанское, собственность на вещь. Собственникъ вытѣсняетъ *bonae fidei possessor*'а, этотъ — просто *possessor*'а, послѣдній — всякаго другаго.

§ 22.

• Мы находимъ далѣе:

с) что нѣкоторыя права не имѣютъ исковой

силы, и могутъ получить силу только путемъ воз-
раженія (*exceptio*). Обязательственные права та-
кого рода римляне называли: *obligationes natu-
rales* въ противоположность *civiles*.

§ 23.

Мы находимъ затѣмъ:

d) права, которыхъ дѣйствительность связана
условіемъ или срокомъ. Наступленіе дѣйствія пра-
ва римляне выражаютъ: *dies venit*, въ противу-
положность одному только существованію права:
dies cedit. Одна только надежда приобрести право
называется *jus futurum* въ противоположность
jus quaesitum.

§ 24.

Наконецъ, мы находимъ:

e) права, которыя связаны съ опредѣленнымъ
субъектомъ, такъ что они не могутъ быть пе-
реданы другому и угасаютъ вмѣстѣ съ субъектомъ.
Такова особенность всѣхъ правъ пользованія, ко-
торыя подпадаютъ подъ понятіе сервитутовъ. Субъ-
ектъ можетъ быть здѣсь тотъ, кому принадлежитъ
собственность на поземельный участокъ. Такимъ
образомъ отличаются персональные сервитуты
(*usus fructus, usus, habitatio* и *operae servorum*)
отъ предѣльныхъ. Рядомъ съ этими выдѣляются
еще реальные права.

В. Примѣненіе къ имущественнымъ правамъ общихъ положеній математики.

§ 25.

1) Всякая величина равна сама себѣ. $a = a$. Это положеніе выражается у римскихъ юристовъ такъ: *Nemo plus juri in alium transferre potest, quam ipse habet* ²⁵⁾. Прилагаясь къ отношенію наслѣдодателя къ наслѣднику, оно выражено такъ: *Nemo plus commodi heredi suo relinquit, quam ipse habuit* ²⁶⁾. Относительно legataria: *Absurdum est plus juris habere, cui legatus sit fundus, quam heredem aut ipsum testatorem si viveret* ²⁷⁾. Въ примѣненіи къ передачѣ собственности: *Fundus transfertur cum servitutibus* ²⁸⁾. Наконецъ, въ примѣненіи къ теоріи *jura in re aliena*, есть слѣдующее важное правило: *Resoluto jure concedentis resolvitur jus concessum*. Наконецъ, сюда же принадлежитъ и правило: *Plures eandem rem possidere non possunt*. И юристъ Павлъ приводитъ этому такое основаніе: *non magis eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sideo, tu se dere videaris*. L. 3. § 5. D. d. A. P. (41. 2). Такъ какъ въ силу особой нормы права, приобретеніемъ собственности чрезъ захватъ и пере-

²⁵⁾ L. 54. D. d. R. I. (50. 17).

²⁶⁾ L. 120. cod.

²⁷⁾ L. 160. § 2. cod.

²⁸⁾ L. 20. D. d. A. R. D. (41. 1).

дачу условливается приобрѣтеніе владѣнія, то поэтому получаетъ силу и правило: *Duorum in solidum dominium esse non potest.*

§ 26.

2) Цѣлое больше части.

Это выражается въ общемъ правилѣ: *Non debet, cui plus licet, quod minus est non licere*²⁹⁾; и *In eo quod plus sit, semper inest et minus*³⁰⁾. Спеціальныя примѣненія: кто имѣетъ *usus fructus* на данную вещь, имѣетъ поэтому и *usus*; кто имѣетъ *actus*, необходимо имѣетъ и *iter*.

На чисто математическомъ воззрѣніи основывается теорія *jura in re*, — возможность различныхъ *jura in re* рядомъ съ *dominium* относительно одной и той же вещи. Эти *jura in re* суть части собственности на вещь, такъ что сумма отдѣльныхъ *jura in re* съ остающимися у собственника правами, равняется полной собственности на вещь. Такимъ образомъ теорія *jura in rem* основывается на математическомъ представленіи цѣлаго и его частей. Полная собственность интенсивна больше, чѣмъ эмпфитевтическое или суперфиціорное владѣніе, чѣмъ сервитутъ и закладное право, — все это правила, выходящія изъ того, что цѣлое больше своей части. — Изъ этого же воззрѣнія необходимо слѣдуетъ далѣе юридическое правило: что собственникъ, устанавливающій сер-

²⁹⁾ L. 21. D. d. R. I. (50. 17).

³⁰⁾ L. 110. cod.

витутъ на свою вещь, чрезъ это не теряетъ пользованія этой вещью. У него остаются тѣ же права пользованія, которыя принадлежатъ и субъекту сервитута, и собственникъ можетъ осуществлять эти права, лишь бы не нарушалъ этимъ сервитута ³¹⁾).

С. Изъ свойства имущественныхъ правъ, какъ величинъ, по аксіомѣ противорѣчія, слѣдуютъ дальнѣйшія послѣдствія.

§ 27.

1) Право, какъ величина, способно къ приращенію и уменьшенію, и притомъ:

а) экстензивно, вслѣдствіе приращенія или убыли объекта. Увеличеніе объекта называютъ приращеніемъ. Относительно поземельныхъ участковъ римскіе юристы указываютъ, какъ на отдѣльные случаи, на *alluvio*, *avulsio*, *plantatio*, *inaedificatio*, *alvei mutatio*. Относительно движимыхъ вещей — *adferruminatio*. Такимъ образомъ, отъ увеличенія объекта могутъ увеличиваться собственность и остальные вещныя права, а равно и право требованія. Если же смотрѣть на объектъ, какъ на абстрактную цѣнность, то возможно приращеніе и вслѣдствіе возвышенія мѣновой цѣны. Если возвышеніе цѣнности является слѣдствіемъ человѣческой дѣятельности, то называется улучшеніемъ. Улучшенію соотвѣтствуетъ

³¹⁾ L. 15. § 1. D. d. usn. (7. 8).

порча. Понятно само собой, что съ погибелью объекта угасаетъ и право. Съ погибелью уравнивается и невозможность распознать объектъ. Такъ, собственность на деньги необходимо теряется, когда они смѣшаны съ чужими деньгами.

б) интензивно, чрезъ приращеніе и уменьшеніе содержанія. Такъ, *usus* на данную вещь можетъ стать *usus fructus*. Чрезъ установленіе *jura in re* собственность на вещь можетъ стѣсняться больше и больше, и почти совершенно исчезнуть. Такъ относительно эмфитевтическаго владѣнія содержаніе *dominium*, а обнаруживается только въ томъ, что вещь можетъ возвратиться къ *dominus*, и послѣдній имѣетъ право прекратить эмфитевтическое владѣніе при извѣстныхъ условіяхъ. *Dominium*, стѣсненное чрезъ *jura in re*, можетъ снова стать полной собственностью, но послѣдняя неспособна уже ни къ какому интензивному приращенію, потому что она есть полнѣйшее юридическое господство надъ вещью.

в) эффективно, чрезъ приращеніе или уменьшеніе дѣйствительности. Такъ

а) право наемное можетъ превратиться въ *usus fructus* или въ эмфитевтическое владѣніе, и слѣдовательно, первоначальное *actio in personam* — въ *actio in rem*. И наоборотъ:

б) простое владѣніе можетъ превратиться въ публиціанское право, а послѣднее — въ полную собственность.

γ) *naturalis obligatio* можетъ стать *civilis*. Такъ оно превращается посредствомъ обновленія;

*

дальше, когда тотъ, кто имѣетъ *beneficium competentiae*, получаетъ имущество. Наоборотъ, *civilis obligatio* можетъ стать *naturalis*. Такъ бываетъ, когда должникъ получаетъ *beneficium competentiae*, и по мнѣнію нѣкоторыхъ юристовъ, когда наступила давность иска.

д) обусловленное и отсроченное право можетъ стать безусловнымъ и наоборотъ.

§ 28.

Обыкновенной или правильнѣе общей мѣрой величины имущественныхъ правъ служить цѣнность³²⁾. Цѣнность опредѣляется не только объектомъ права, но также содержаніемъ и дѣйствительностью права. Одно владѣніе, даромъ что по объекту оно не отличается отъ публиціанскаго права и собственности, тѣмъ не менѣе не имѣетъ цѣнности³³⁾, или во всякомъ случаѣ не такъ цѣнно, какъ оба вышеуказанныя права. Очевидно, что цѣнность имущественнаго права совсѣмъ не то, что цѣнность объекта права. Если право должно быть еще реализировано, какъ это можно сказать о всѣхъ правахъ долговыхъ, цѣнность права всегда меньше, чѣмъ цѣнность объекта. Римскіе юристы выражаютъ это правиломъ: *Minus est actionem quam rem habere*. Очевидно дальѣ, что имущественное право какъ цѣнность, способно къ приращенію и уменьшенію, хотя бы не

³²⁾ Это понятіе предполагаетъ изобрѣтеніе денегъ.

³³⁾ Сравни. Бринцъ, *Pand.* Стр. 653, слѣд.

произошло измѣненія въ цѣнности объекта или измѣненія въ содержаніи или дѣйствительности права. Такъ бываетъ съ правами, которыя составляютъ предметъ торговыхъ оборотовъ, слѣдовательно являются товарами, а цѣнность товаровъ измѣняется сообразно отношенію предложенія и запроса. Такъ какъ всѣ имущественныя права могутъ найти свое выраженіе въ абстрактной цѣнности, то самыя разнообразныя права могутъ быть сравниваемы одно съ другими и допускать взаимный расчетъ. Вотъ почему въ l. 14. pr. c. d. compens. (4. 31) говорится: *Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus, nulla differentia in rem vel personaribus actionibus inter se observanda.*

§ 29.

Изъ свойства права какъ величины далѣе слѣдуетъ:

2) Дѣлимость права. Части могутъ быть выражены количественно, если предметъ права представляется совокупностью *res corporales*, или хоть одна вещь, но можетъ быть разсматриваема какъ совокупность отдѣльныхъ частей (по мѣрѣ или вѣсу) и потому подходитъ подъ понятіе количества³⁴⁾. Поэтому недѣлимыми должны быть всѣ

³⁴⁾ Поземельные участки суть тѣла (пирамиды); но на практикѣ они разсматриваются какъ плоскости, определяются мѣрой плоскостей и приводятся къ выраженію въ количествахъ.

права, которыхъ прямой или косвенный предметъ а) *res coepta*, которая не можетъ представляться совокупностью единицъ мѣры или вѣса, или б) — невещественнаго свойства, т. е. состоитъ въ производительныхъ силахъ вещи или рабочей силы. Недѣлимы, значить, всѣ *jura in re* и всѣ права обязательственныя, имѣющія предметомъ *uti frui* данной вещи или рабочей силы.

§ 30.

Но бываютъ случаи (ad § 296), когда дѣленіе вещи содержитъ въ себѣ дѣленіе пользованій этою вещью. Вслѣдствіе этого вышеуказанное препятствіе дѣленія, въ извѣстныхъ обстоятельствахъ, можетъ быть устранено при *emphyteusis*, *superficies* и *usus fructus*, а также и при закладномъ правѣ; равнымъ образомъ дѣленіе возможно и относительно наемныхъ правъ. Но послѣднія считаются недѣлимыми только относительно ³⁵⁾. Изъ правъ, имѣющихъ невещественный объектъ, всегда считались безусловно недѣлимыми: сервитуты, за исключеніемъ *usus fructus* ³⁶⁾. Далѣе, права наемныя и арендныя, если дѣленіе *res locata* не поведетъ къ дѣленію пользованій; наконецъ,

³⁵⁾ *Ager vectigalis* объявленъ безусловно по особому основанію. L. 7. pr. D. Commun. div. (10. 3). *Vectigalis ager*, an regionibus dividi possit, videndum: magis autem debet judex abstinere hujus modi divisione; alioquin «*praestatio vectigalis confundetur*».

³⁶⁾ Сравн. однакожъ ниже § 31 и cit. l. 7. D. commun. divid. (10. 3).

всѣ права пользованія, коихъ предметъ — рабочая сила человѣка, будутъ они сервитутами или правами обязательственными ³⁷⁾.

§ 31.

„Цѣнность“ сводить къ количественному выраженію всякое имущественное право, каковъ бы ни былъ объектъ права. Чрезъ это всѣ имущественныя права становятся дѣлимыми, предполагая, что они могутъ быть предметомъ обмѣна, слѣдовательно могутъ быть передаваемы. А въ этомъ отношеніи становятся дѣлимыми и 1) *res cogitatae*, которыя и не могутъ быть разсматриваемы какъ совокупность единицъ мѣры или вѣса; далѣе, 2) исчезаетъ абсолютная недѣлимость (§ 30) и относительно предіальныхъ сервитутовъ, такъ какъ они могутъ быть передаваемы вмѣстѣ съ *praed. dominans*, и значить цѣнность ихъ можетъ быть тоже опредѣлена. Недѣлимыми и по цѣнности должны значить остаться только личные сервитуты; точно также и *usus fructus* ³⁸⁾; но если въ послѣднемъ случаѣ *jus fruendi* и недѣлимо, все-таки можетъ имѣть мѣсто дѣленіе самаго пользованія, такъ какъ оно можетъ быть передаваемо. Этого не можетъ быть при *usus*, потому что пользованіе здѣсь вполне ограничивается индивидуальной потребностью субъекта права, но относительно дѣлимости римскіе юристы игнори-

³⁷⁾ Пухта *Pand.* § 222.

³⁸⁾ Иначе, онъ могъ бы дѣлиться хоть относительно. (§ 30.)

ровали этотъ моментъ. Если нѣсколькимъ лицамъ предоставленъ сообща usus на одну вещь, римляне опѣниваютъ пользованіе (какъ и при usus fructus) и дѣлятъ его по цѣнности ³⁹⁾.

§ 32.

3) Можно данную величину, а слѣдовательно и имущественное право, приравнять къ единицѣ, т. е. представлять ее какъ сумму долей, которыя всѣ вмѣстѣ=1. Черезъ это, относительно имущественныхъ правъ возможна дѣлимость чисто идеальная, въ противоположность реальной дѣлимости права (по объекту или по цѣнности). Чисто идеальный характеръ такого дѣленія римскіе юристы выражаютъ терминомъ *juris intellectus*. Вслѣдствіе такой дѣлимости возникаетъ понятіе *res communis*, далѣе понятіе совмѣстнаго владѣнія и совмѣстной собственности по интеллектуальнымъ долямъ. Наконецъ, возникаютъ права обязательственныя, коихъ предметъ — долевая часть данной вещи.

§ 33.

4) Затѣмъ можно приравнять къ 1 множество правъ, а слѣдовательно и цѣлое имущество, и дѣлить его по долямъ. Такое объединеніе римскіе юристы называютъ „*universitas*“. Такой *universitas* у римлянъ всегда бываетъ оставшееся имущество умершаго — *hereditas*; поэтому приобретае-

³⁹⁾ L. 10. § 1. D. Communi div. (10. 3).

ніе наслѣдства есть *successio* въ совокупность, и потому называется *succ. per universitatem*, и совершается необходимо путемъ одного объявленія воли, такъ какъ совокупность есть нѣчто чисто идеальное. Универсальному преемству противоплагается сингулярное преемство, и которое рядомъ съ универсальнымъ преемствомъ можетъ имѣть мѣсто относительно отдѣльныхъ предметовъ, такъ какъ и *hereditas* есть отвлеченное единство, и слѣдовательно, не обнимаетъ необходимо всѣхъ предметовъ наслѣдства. У римлянъ есть особое положеніе: что и въ томъ случаѣ, когда нѣсколько наслѣдниковъ назначаются по долямъ и затѣмъ дѣйствительно раздѣляютъ наслѣдство по этимъ долямъ, все-таки относительно распоряженій въ завѣщаніи, какъ и относительно вступленія наслѣдниковъ въ наслѣдство, послѣднее разматривается какъ замкнутая цѣлость. Отсюда слѣдуютъ два важныхъ правила: 1) *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*; 2) если одинъ изъ сонаслѣдниковъ не можетъ или не хочетъ наслѣдовать, то *ipso iure* доля его достается другимъ наслѣдникамъ ⁴⁰⁾.

III. ЮРИДИЧЕСКІЯ ПОНЯТІЯ, РАЗСМАТРИВАЕМЫЯ СО СТОРОНЫ ЗАКОНА ПРИЧИННОСТИ.

§ 34.

Юридическія понятія суть отвлеченія изъ юридическихъ норжъ. Выше указано основаніе, почему

⁴⁰⁾ Пухта Pand. § 505.

они образуются. Вотъ почему, собственно говоря, нѣтъ возможности разбирать по закону причинности юридическія понятія, слѣдовательно и права и право (предоставленіе) вообще (какъ высшее отвлеченіе изъ отдѣльныхъ правъ). Но идеальная природа правъ и права вообще опускается изъ виду и на права смотрятъ какъ на нѣчто дѣйствительно существующее. Не обращается вниманія, что отдѣльныя права ни больше, какъ счетныя марки, которыя изобрѣлъ разумъ и предоставляетъ ихъ какъ нѣчто реальное. Ставши на такую точку зрѣнія, естественно спрашиваешь себя, гдѣ же причина и каково дѣйствіе правъ и права вообще. Вмѣсто того, чтобы изслѣдовать условія правъ, т. е. условія принужденія, устанавливаемого юридическими нормами, говорится о возникновеніи и прекращеніи правъ и права вообще; затѣмъ, такъ какъ всякая вещь, долженствующая имѣть свою причину, съ своей стороны можетъ быть причина извѣстныхъ дѣйствій, то для того, чтобы окончательно установить пониманіе правъ, остается только одинъ путь — исковую силу, которая собственно и составляетъ все право, (какъ дѣйствительно римляне отождествляли права и *actio*), отрѣшить отъ права и разсматривать какъ его дѣйствіе. Такъ въ учебникахъ гражданскаго права мы находимъ вычисленіе правъ (собственность, сервитутъ и т. д.), затѣмъ для каждаго права опредѣленіе, которое не можетъ быть точно, такъ какъ права могутъ быть опредѣлены только приблизительно, потому основанія возникновенія и прекращенія правъ и

защита правъ путемъ иска и возраженія. Отдѣльныя права связаны далѣе въ одно общее представленіе и изъ нихъ возникло высшее отвлеченіе права (предоставленіе) вообще, и съ нимъ опять можно повторить тѣ же операціи. Такимъ образомъ возникла общая часть гражданскаго права, которой нельзя и понять, не зная спеціальной части, но она всегда предпосылается послѣдней, — это потому, будто бы надо всегда переходить отъ общаго къ частному. Нелѣпость эту почти нельзя и объяснить. Естественный путь тотъ, что нужно переходить отъ спеціального и конкретнаго къ общему и отвлеченному. Вѣдь всѣ абстрактныя понятія содержатъ въ себѣ отвлеченія части конкретныхъ понятій, и какъ я могу представить себѣ часть, не имѣя представленія о цѣломъ. Тутъ мы видимъ для юриспруденціи печальные результаты гегелевской философіи, считающей отвлеченія дѣйствительностью, т. е. бумажныя деньги звонкой монетой! Какъ сказано выше, когда *actio* было отдѣлено отъ права и явилось особымъ правомъ, начались изслѣдованія объ основаніяхъ возникновенія и прекращенія исковыхъ правъ и исковаго права вообще, и такъ какъ одна нелѣпость необходимо ведетъ за собой другую, то естественно явилась бессмыслица, что искъ можетъ задаваться, тогда какъ право можетъ существовать.

§ 35.

Такъ какъ права, въ смыслѣ отвлеченныхъ понятій не могутъ быть разсматриваемы по зако-

ну причинности (§ 34), то изъ нихъ можно развивать положенія только въ томъ случаѣ, если представлять права какъ величины (§ 16—33). Вѣрность такихъ положеній основывается, значитъ, на математическомъ воззрѣнїи. Слѣдовательно, права сами по себѣ, т. е. насколько они не могутъ считаться представляющими юридическія нормы, можно только приводить въ порядокъ какъ величины, т. е. сообразно математическимъ принципамъ. Но такъ какъ не всѣ частныя права могутъ быть разсматриваемы какъ величины, а только одни имущественныя права, и такъ какъ далѣе и въ сферѣ имущественныхъ правъ множество юридическихъ нормъ не основываются на математическихъ принципахъ, то понятно само собою, что система правъ не можетъ быть системой гражданского права.

§ 36.

Наши учебники гражданского права суть системы правъ, но съ претензіями — быть системой гражданского права. Но здѣсь заключается противорѣчіе. Отсюда само собою слѣдуетъ, что эти учебники согласны между собою только въ той части, которая основывается на математическихъ принципахъ, но въ остальномъ, гдѣ нѣтъ никакихъ принциповъ, господствуетъ большое разнообразіе и большой произволъ.

§ 37.

Задача нашей юриспруденціи вотъ въ чемъ:

оставить систему правъ и построить систему сообразно экономическимъ, этическимъ и логическимъ принципамъ. При этомъ юридическія понятія, основанныя на отвлеченіи, можно допустить какъ пособіе для памяти, и положенія, развитыя изъ этихъ понятій по математическимъ принципамъ, насколько эти положенія сами по себѣ являются юридическими нормами, должны быть связаны съ системой надлежащимъ образомъ, т. е. по закону ассоціаціи идей.

§ 38.

Наше нѣмецкое право, въ трактатахъ и вообще въ сочиненіяхъ, дѣлится на римское и нѣмецкое частное право. Сочетаніе обѣихъ доктринъ въ одну систему все еще считается невозможнымъ. Но прежде всего такая невозможность дѣйствительно существуетъ только относительно той части, которая основана на экономическихъ принципахъ. Такое различіе нѣмецкаго и юстиніановскаго права основано на томъ, что средневѣковая жизнь каждаго народа подчинена господству совсѣмъ иныхъ хозяйственныхъ принциповъ, чѣмъ позднѣйшій періодъ цивилизаціи. Но отсюда слѣдуетъ, что политическая экономія даетъ общую мысль, которой связываются разнородныя постановленія нѣмецкаго и юстиніановскаго права ⁴¹⁾.

⁴¹⁾ Выпускъ I. Стр. 10.

II

Природа и право. Обычай и обычное право.

§ 1.

Казалось бы, что человекъ въ состояніи изолированномъ долженъ вполне наслаждаться тѣмъ, что мы называемъ свободой. Но такая свобода развѣ состоитъ только въ томъ, что человекъ независимъ отъ людей. Изолированный человекъ не свободенъ, именно по своей изолированности, не свободенъ относительно неотразимыхъ силъ природы, которыя постоянно грозятъ ему гибелью, и противъ которыхъ онъ не въ состояніи вести продолжительную борьбу. Соединеніе людей въ общество, постепенновысвобождаетъ человека изъ этого рабства, и избавляетъ его отъ тысячи опасностей, которымъ онъ постоянно подверженъ. Общество побѣждаетъ суровыя силы природы, выступая противъ нихъ съ своими учрежденіями, защищающими отъ этихъ силъ и подчиняетъ эти силы себѣ, давая имъ

такое направленіе, при которомъ онѣ улучшаютъ положеніе общества. **Изолированный человѣкъ** — рабъ природы, ставши членомъ общества, обращаетъ въ рабство природу. Подчиненіе силъ природы есть цивилизація; первый шагъ слѣдовательно есть соединеніе людей въ общество.

§ 2:

Нечего заниматься вопросомъ, назначенъ ли человѣкъ къ общественной жизни. Нельзя утверждать, что человѣкъ имѣетъ побужденіе къ обществу, или что онъ расположенъ къ изолированной жизни. Обстоятельства рѣшаютъ, будетъ ли онъ жить въ томъ или другомъ состояніи и которое больше придется ему по вкусу. Соединеніе людей можетъ, да такъ оно и на самомъ дѣлѣ, зависѣть отъ различныхъ условій. Что общество, возникши разъ, продолжаетъ существовать, это зависитъ отъ естественнаго закона. Это законъ влеченія, который обнаруживаютъ почва и мѣстность, на которой пришлось долго жить, а равно и люди, съ которыми пришлось состоять въ продолжительныхъ сношеніяхъ. Тоска по родинѣ и любовь къ отечеству — вотъ выраженія, которыми обозначаютъ дѣйствія этого закона.

§ 3.

Общественная жизнь необходимо требуетъ ограниченія индивидуальной свободы каждаго человѣка. Общество не можетъ существовать, оно необходимо разрѣшается въ *bellum omnium contra omnes*,

если каждый безотчетно станет подчиняться своимъ естественнымъ инстинктамъ и движеніямъ своихъ чувствъ, и будетъ признавать справедливымъ и хорошимъ только то, что кажется таковымъ по его субъективному взгляду. Но въ результатъ, чловѣкъ, какъ членъ общества, выигрываетъ относительно свободы больше, чѣмъ сколько жертвуетъ. Подданный абсолютнаго деспота, въ цивилизованномъ государствѣ безконечно свободнѣе, чѣмъ житель первобытнаго лѣса.

§ 4.

Необходимое ограниченіе индивидуальной свободы, налагаемое на каждого волей общества, составляетъ понятіе права. Природа и право суть противоположности, взаимно исключаютія другъ друга. Вотъ почему весьма невѣрно толковать о естественномъ правѣ въ тѣхъ случаяхъ, когда идетъ дѣло о предѣлахъ сферы, оставленной въ данномъ государствѣ естественной свободѣ каждого; все право есть чловѣческое учрежденіе, или, какъ обыкновенно выражаются, все право положительно. Нѣтъ, напр. права на самооборону, а есть только въ чловѣкѣ естественное побужденіе противоѣствовать противъ понесенныхъ нарушеній, и право ограничиваетъ это побужденіе; нѣтъ права на бракъ, а есть только юридическія ограниченія естественнаго полового инстинкта; у отца нѣтъ права распоряжаться своими дѣтьми, а только юридическія ограниченія этого распоряженія. Конечно, можно представить себѣ, что право, ограничивши естественную

свободу, признаетъ ее въ известной мѣрѣ, и потому говорить, что человѣкъ имѣетъ право на этотъ остатокъ свободы. Такое представленіе мы находимъ у римскихъ юристовъ, которые совокупность подобныхъ юридическихъ нормъ, обозначаютъ общимъ выраженіемъ *jus naturae*. Но такое представленіе умѣстно развѣ относительно деспотически управляемыхъ народовъ, гдѣ человѣкъ самъ по себѣ вполнѣ считается не свободнымъ, и вся свобода, какая оставлена ему, зависитъ отъ милости деспота, слѣдовательно основывается на положительномъ правѣ. У насъ же нѣтъ никакого естественнаго права, о которомъ бы можно сказать: *natura omnia animalia docuit*, а есть только естественная свобода, ограниченная, правда, иной разъ значительно, волей государства. Какъ терминъ „естественное право“, для насъ ни больше, какъ противорѣчіе; также точно и терминъ „положительное право“ есть ни больше, какъ плеоназмъ, потому что нѣтъ права, которое не было бы положительнымъ.

§ 5.

Въ силу сказаннаго, всѣ юридическія нормы необходимо распадаются на столько классовъ, сколько есть въ человѣческой природѣ наклонностей къ дѣятельности или къ бездѣйствію. Въ чемъ состоятъ эти наклонности, — изучаетъ естественная наука, т. е. психологія.

§ 6.

Всѣ отправленія души распадаются на три

большія группы: разумъ, чувство и животныя инстинкты. Такимъ образомъ и все право должно распасться на три большія группы юридическихъ нормъ: ограниченія естественной свободы разума, чувства и животныхъ инстинктовъ.

§ 7.

I. Разумъ обнаруживаетъ свою дѣятельность въ изученіи, мышленіи (т. е. сравненіи и умозаключеніи) и въ сообщеніи мыслей. Свобода мысли не можетъ быть ограничена положительными установленіями ⁴²⁾, не можетъ быть ограничено изученіе и сообщеніе мыслей. Сюда принадлежатъ въ разныхъ государствахъ постановленія объ ограниченіи свободы обученія и свободы книгопечатанія.

У кого слаба способность пониманія, тотъ не имѣетъ охоты къ ученію. Далѣе, животныя побужденія могутъ развиваться въ человѣкѣ до такой степени силы, что вполне овладѣваютъ человѣкомъ, и рождаютъ въ немъ отвращеніе къ ученію. Мы можемъ наблюдать это ежедневно на дѣтяхъ, особенно на мальчикахъ, вступающихъ въ періодъ полового развитія, и даже на университетской молодежи. Такіе люди имѣютъ наклонность что нибудь дѣлать иное, а не учиться. Но и эта естественная свобода можетъ быть ограничена положительнымъ постановленіемъ. Къ такимъ ограниченіямъ принадлежатъ постановленія относительно принужденія въ школахъ, и принужденія посѣщать коллегіи.

⁴²⁾ Отсюда и пословица: мысли не платятъ пошлины.

§ 8.

II. Чувство ⁴³⁾ может стать мотивом поступков и въ этомъ смыслѣ допускаетъ ограниченія посредствомъ права. Напр., врожденное каждому человѣку благорасположеніе, хоть въ иныхъ и въ слабой степени, можетъ стать мотивомъ дареній и завѣщательныхъ отказовъ, и право можетъ то и другое ограничить въ извѣстной степени. Въ такомъ родѣ есть много ограниченій въ римскомъ правѣ.

Сторона чувства можетъ быть слабо развита въ человѣкѣ и потому становится основаніемъ опущенія извѣстнаго дѣйствія, тогда какъ положительное право можетъ принуждать къ совершенію этого дѣйствія. Холодный и безучастный человѣкъ гонитъ прочь нищаго; положительное право принуждаетъ его къ пожертвованіямъ въ пользу бѣдныхъ.

§ 9.

III. То же самое можно сказать и относительно животныхъ наклонностей (инстинкты, страсти). Развившись въ сильной степени, онѣ могутъ толкать человѣка на дѣятельность; положительное право, въ такомъ случаѣ можетъ до извѣстной степени понуждать къ бездѣйствію, напр. можетъ ограни-

⁴³⁾ Всю сторону чувствительности въ жизни человѣческой души, т. е. всѣ органы чувствительности обозначаютъ выраженіемъ «чувство».

*

чивать половое совокупленіе, обжорство, излишнее пьянство, дуэль, самоуправство по поводу понесенной несправедливости, и т. д. Будучи развиты слабо, животныя наклонности побуждаютъ человѣка къ бездѣйствію. Въ такомъ случаѣ положительное право можетъ понуждать къ дѣятельности, напр. супруга къ совокупленію, отца — къ заботливости о своихъ дѣтяхъ, гражданина — къ защитѣ родины; оно можетъ понуждать человѣка къ молчанію, къ противодѣйствію понесеннымъ оскорбленіямъ, даже къ принятію пищи и питья ⁴⁴⁾).

§ 10.

Право, существующее исключительно въ интересахъ общаго блага, уже въ самомъ началѣ основывается на соображеніи послѣдствій (Reflexion); оно имѣетъ цѣлью утвердить господство разума надъ человѣческими страстями и чувствами, т. е. превратить естественную свободу въ свободу разумную ⁴⁵⁾. Постановленія положительнаго права

⁴⁴⁾ Напр. относительно того, кто рѣшительно обнаружилъ намереніе умертвить себя голодомъ.

⁴⁵⁾ Умъ и разумъ сами по себѣ означаютъ одно и то же. Но умъ называютъ разумомъ, когда онъ является регуляторомъ человѣческаго чувства и инстинктовъ. Такъ говорятъ о разумномъ и неразумномъ благорасположеніи, о разумномъ и неразумномъ самолюбіи, о разумной и неразумной любви къ дѣтямъ и т. д. И такъ какъ въ животномъ нѣтъ подобнаго регулированія его чувствъ или его инстинктовъ, то его и называютъ неразумнымъ существомъ. Такъ какъ все право основано на соображеніи послѣдствій, то по этому въ мірѣ животныхъ не можетъ быть ни какаго

въ государствѣ имѣютъ тоже значеніе, какъ и тѣ нормы, которыя отдѣльный человѣкъ предписываетъ самъ для себя. Отдѣльный человѣкъ тоже организмъ, какъ и государственное общество; да! всѣ государственныя общества ничто иное, какъ копія человѣческаго организма. И благо отдѣльнаго человѣка требуетъ, чтобы онъ ограничивалъ автономіей, въ собственномъ смыслѣ слова ограничивалъ свою естественную свободу и превращалъ ее въ разумную свободу; и здѣсь автономическая норма есть продуктъ мысли.

§ 11.

Область права есть область только страстей и чувствъ; одинъ деспотизмъ стремится ограничить и разумъ.

§ 12.

Юридическая норма содержитъ въ себѣ волю общества въ противоположность воли единичнаго лица. Воля государства можетъ быть прямо выражена и постановлена нормой. Такія постановленія права называются законами; но условія силы закона мо-

права: по этой же причинѣ не существуетъ вовсе *jus, quod natura omnia animalia docuit*. Стѣсненіе каждаго индивидуума, какое мы встрѣчаемъ въ пчелиномъ ульѣ или въ муравьиной кучѣ, основано не на соображеніи послѣдствій. Можно принять за достовѣрное, что тотъ удивительный порядокъ, какой мы замѣчаемъ у этихъ животныхъ, основанъ на одномъ побужденіи природы, которое мы обыкновенно называемъ инстинктомъ.

гуть быть различны въ томъ или другомъ государствѣ, сообразно его устройству. Но воля государства можетъ быть объявлена и подразумѣваемо, и въ такомъ случаѣ она можетъ быть распознана только по однообразному обращенію общества съ одними и тѣми же фактическими отношеніями. Hoc jus, говоритъ Павлѣ, in tantum comprobatum est, ut non fuerit necesse scripto id comprehendere ⁴⁶⁾. Такая юридическая норма, которую безмолвно постановляетъ себѣ самъ народъ и затѣмъ постоянно ей слѣдуетъ, названа юристами обычнымъ правомъ ⁴⁷⁾. Выраженіе очень неудачно; въ самомъ дѣлѣ, юридическія нормы, основывающіяся на подразумѣваемой волѣ народа, возникли не изъ обычая, да и однообразное отношеніе, въ которомъ обнаруживается юридическая норма, не подходитъ подѣ понятіе обычая. Все право основано на соображеніяхъ разсудка, и путемъ обычая не можетъ возникнуть ни одной юридической нормы; съ другой стороны, не всякое однообразное отношеніе можетъ быть обозначено выраженіемъ „обычай“.

⁴⁶⁾ L. 36. D. d. legg. (1. 3.)

⁴⁷⁾ Поводомъ къ этому послужило римское названіе consuetudo и отождествленіе этого понятія съ тѣмъ, которое мы обозначаемъ словомъ «обычай». См. ниже-прим. 51. Подразумѣваемое согласіе въ народѣ римляне обозначали какъ species consuetudo; такъ напр. Гермогеніанъ: quae longa consuetudine comprobata sunt — — veluti facita civium conventio. Это невозможно при нашемъ болѣе тѣсномъ понятіи «обычай».

§ 13.

Такъ какъ все право основано на соображен. разсудка и имѣетъ въ виду достигать полезныхъ для общества цѣлей, то относительно закона—въ законодательѣ, а относительно нормъ, безмолвно постановленныхъ ⁴⁵⁾ самимъ народомъ—въ народѣ господствуетъ сознаніе необходимости, или выражаясь удачнѣе, убѣжденіе въ цѣлесообразности.

§ 14.

Право выступаетъ за надлежащія предѣлы, когда ограничиваетъ индивидуальную свободу больше, чѣмъ сколько нужно въ интересахъ общаго блага, оно становится бессмысленнымъ правомъ, и бессмыслица достигаетъ высшей степени, когда положительная норма права стремится совершенно устранить какой нибудь законъ природы. Вмѣсто того, чтобы содѣйствовать благу общества, такое

⁴⁵⁾ Сравни. cit. l. 36. D. d. legg. (l. 3): Immo magnae auctoritatis hoc jus habetur, quod in tantum probaum est, ut non fuerit necesse scripto ad comprehendere. Значить, въ этихъ словахъ Павлъ прямо высказываетъ, что право, основанное даже и на longa consuetudo, все таки основывается на соображеніяхъ разсудка, что цѣлесообразность, которая должна быть достигаема посредствомъ такихъ нормъ, до того очевидна, что было бы нелѣпнымъ признавать силу такихъ нормъ особымъ закономъ. Понятно само собой, что относительно этихъ нормъ, какъ и относительно всякаго соображенія разсудка, возможна ошибка. Non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, говорить Римляне. L. 89. eod.

право становится истязаніемъ народа. Подразумѣваемые постановленія народа, обозначающія выраженіемъ обычнаго права, не могутъ заключать въ себѣ подобной безсмыслицы ⁴⁹⁾. Потому что народъ всегда склоненъ сохранять какъ можно больше свою естественную свободу и налагаетъ на себя ограниченія только тогда, когда это безусловно необходимо. Но это возможно въ области законодательства и въ такомъ случаѣ основывается на заблужденіи или произволѣ законодателя. Особенно источникъ безсмысленныхъ законовъ кроется въ стремленіи нѣкоторыхъ законодателей возвести на степень юридическихъ основаній, нравственные принципы, которые справедливы сами по себѣ, но при этомъ не соображаются фактическія отношенія народной жизни ⁵⁰⁾. Подобныя постановленія тотчасъ же вызываютъ за собой быструю реакцію естественнаго закона. Они дѣйствуютъ на государственное тѣло, какъ рвотное. Отдѣльному человеку невозможно устоять противъ влеченія природы; законъ не выполняется; народное мученіе продолжается болѣе или менѣе долго и законъ или незамѣтно забывается, или природа затѣваетъ рѣшительную борьбу, чтобы отстоять свои права. «Naturam furca expellas, tamen usque recurret.»

⁴⁹⁾ Сравн. cit. I. 36.

⁵⁰⁾ Нельзя оправдать, если въ государствѣ, гдѣ существующій общественный порядокъ затрудняетъ или дѣлаетъ невозможнымъ для многихъ бракъ, а между тѣмъ назначаются строгія наказанія за stuprum.

§ 15.

Всякая сила души, путемъ постоянного примѣненія ея доведенная до такой высокой степени, что человекъ чувствуетъ побужденіе примѣнять эту силу безъ всякаго внѣшняго возбужденія, называется обычаемъ ⁵¹⁾. Такъ могутъ стать обычаемъ и животные инстинкты. Извѣстенъ и несомнѣнъ тотъ фактъ, что продолжительное занятіе половыми удовольствіями развиваетъ страсть къ этимъ удовольствіямъ. Такимъ образомъ совокупленіе для супруговъ становится обычаемъ. Не менѣе извѣстно, что любовь къ молодежи ⁵²⁾, склонность къ борбѣ, инстинктъ пріобрѣтать, инстинктъ скрытности, отъ постоянного примѣненія усиливаются и становятся обычаемъ. Мало того, исторія можетъ указать на цѣлый рядъ людей, у которыхъ жестокость была потребностью ⁵³⁾. Жестокія натуры, которымъ судьба отказала въ физической силѣ, необходимой для того, чтобъ осуществлять на дѣлѣ свой обычай, пользуются инымъ

⁵¹⁾ Римское выраженіе *consuetudo* шире. Оно равно умѣстно и тамъ, когда при извѣстныхъ предположеніяхъ человекъ обыкновенно совершаетъ данный поступокъ по зрѣломъ обсужденіи, слѣдовательно, поступокъ въ силу принципа, основаннаго на разсудкѣ; сравн. напр. L. 50. D. d. legat. I: ante omnia ipsius patris familias consuetudo exquirenda est. Этого мы не называемъ уже «обычаемъ».

⁵²⁾ Сколько хозяевъ студенческихъ квартиръ поплатились за этотъ обычай своимъ имуществомъ!

⁵³⁾ Въ людяхъ, образованныхъ иначе, этотъ обычай обнаруживается въ проявляющемся злорадствѣ.

оружіемъ для причиненія боли своимъ ближнимъ. Таково именно оружіе — сатира, или правильнѣе остроуміе, такъ какъ сатира есть ничто иное, какъ разрушительное остроуміе. Для всѣхъ такихъ людей обычая, разговорный языкъ очень естественно создать и особыя выраженія, напр. старье дѣти, обжоры, забіяки (для словесной борьбы — совопросники), скупцы, тираны, в сресіе семейные тираны и т. п. Ставши обычаемъ, животные инстинкты разрушаютъ гармонію психической жизни, толкаютъ человѣка на борьбу съ самимъ собой и съ другими, и такимъ образомъ создаютъ для него дѣйствительное страданіе, и вотъ почему они удачно названы „страстями“.

§ 16.

Но кромѣ животныхъ инстинктовъ, и чувства въ своихъ разнообразныхъ направленіяхъ, могутъ тоже стать обычаемъ, если постоянно одаваться ихъ влеченію. Такъ благорасположеніе, отъ постоянного примѣненія, доходитъ до степени безразсуднаго добродушія, чувство уваженія, т. е. зависимости, доходитъ до трусости или подобострастія. Кто постоянно усиливается выполнить свои, разъ принятія, намѣренія, становится по привычкѣ упрямымъ; кто постоянно гонится за одобреніемъ людей, становится хвастуномъ. Постоянно воспитываемое чувство собственнаго достоинства становится гордостью, страстью владычествовать и пренебрегать людьми. Осмотрительность, ставши привычкой, дѣлаетъ человѣка мнительнымъ до того,

что онъ живетъ въ неспокояемой тревогѣ, изъ мухи дѣлаетъ слона и никогда не рѣшается на рискъ; тогда какъ смѣлость, ничѣмъ не сдерживаемая, становится настоящимъ легкомысліемъ и наконецъ обращается въ безумную отважность. И совѣстливость можетъ достигнуть высокой степени и стать обычаемъ, если человѣкъ строго судитъ всѣ свои поступки. Такихъ людей называютъ: „тяжелый“, „щепетильный“ и нерѣдко приходится слышать фразу: „человѣкъ слишкомъ честенъ“. Такіе несчастливцы ⁵⁴⁾ всю свою жизнь терпятъ постоянно мученія совѣсти, такъ какъ и то, что они дѣлаютъ, и то, чего не дѣлаютъ, никакъ не можетъ быть оправдано ихъ строгимъ внутреннимъ судьей. Никто не сомнѣвается, что и чувство изящнаго отъ практики усиливается въ высокой степени и хорошій вкусъ становится обычаемъ. То же самое можно сказать и о чувствѣ смѣшнаго: кто постоянно отдается влеченію этого чувства, воспитываетъ его, тотъ по привычкѣ становится насмѣшникомъ, любить смѣяться надъ всѣмъ, нигдѣ не упустить случая, хоть иной разъ насмѣшка бываетъ совершенно неумѣстной.

§ 17.

Въ области разума мы находимъ то же самое

⁵⁴⁾ Они несчастливы именно потому, что забываютъ, что такъ или иначе—а грѣшники, и что никто не можетъ быть совершенно правъ предъ собою. Въ высшей степени трудно установить справедливый и разумный масштабъ, и въ высшей степени опасно урѣзывать этотъ масштабъ, потому что легко можетъ явиться рана, которая становится губительной.

явленіе. Не оспоримъ тотъ фактъ, что умственные способности усиливаются отъ постоянного упражненія, и мышленіе постепенно становится обычаемъ. Такихъ мысленно—дѣятельныхъ людей приходится встрѣчать очень часто; ихъ называютъ философами въ тѣснѣйшемъ смыслѣ. Такой человѣкъ ничего такъ не боится какъ помѣхи своей дѣятельности, и потому онъ ведетъ уединенную жизнь. Онъ избѣгаетъ людей, не питая къ нимъ ненависти „и дружится съ безмолвнымъ кустарникомъ“, потому что послѣдній молчаливъ, развѣ только шепчется. Такой философъ больше всего боится того, что называется „почтеннѣйшей публикой“, онъ не любитъ незнакомой толпы, одно присутствіе которой лишаетъ его присутствія духа; онъ не навидитъ механическихъ занятій, и не годится для общественной жизни, потому что онъ не можетъ слѣдить за разговоромъ, т. е. за мыслями другихъ, онъ можетъ отдаваться только своимъ собственнымъ мыслямъ.

§ 18.

Всякій обычай приводитъ человѣка въ состояніе рабства, и потому очень удачно выраженіе: онъ подвластенъ своимъ страстямъ, т. е. своимъ обычаямъ. Освободиться изъ такого рабства, — вотъ трудная, хоть и достойная задача, самосознанія и самовоспитанія. Свобода такая называется нравственной свободой. Она состоитъ въ полнѣйшей и ненарушимой гармоніи психической жизни; въ ней заключается высочайшая степень человѣческаго счастья.

§ 19.

Обычай производитъ страданіе не только для того, кто подчиненъ ему, но бываетъ часто вреденъ и для общества. Насколько бываетъ онъ вреденъ, задача общества, т. е. положительнаго права,—ограничить его путемъ принужденія, но только въ этихъ размѣрахъ. Въ самомъ дѣлѣ, такъ какъ обычай для человѣка становится второй природой, такъ какъ онъ ничто иное, какъ доведенное до высшей степени влеченіе естественнаго закона, то для того, кто не въ состояніи отъ него освободиться, (а слабость эта свойственна почти всѣмъ), будетъ большимъ счастьемъ,—слушаться своего обычая. Положительное право, имѣющее цѣлю благо общества, пришло бы въ противорѣчіе съ самимъ собой, принуждая членовъ общества отказываться отъ обычаевъ, которые безвредны для существованія общества ⁵⁵), особенно въ тѣхъ случаяхъ, когда идетъ дѣло объ обычаяхъ, ставшихъ чертой характера цѣлыхъ классовъ лицъ, т. е. сословій, или даже вошедшихъ въ національный характеръ. Такіе обычаи должны быть уважаемы положительнымъ правомъ; стѣсненіе ихъ причиняетъ непріятность отдѣльнымъ лицамъ, оставаясь рѣшительно бесполезнымъ для цѣлаго общества. Объ этомъ то именно принципъ законодательства и говоритъ Императоръ Константинъ въ своемъ рескриптѣ, о которомъ много толковали,

⁵⁵) Мы укажемъ здѣсь хоть на запрещеніе курить табакъ.

хоть никогда не понимали: *Consuetudinis ususque longaevis non vilis auctoritas est* ⁵⁶⁾).

§ 20.

Характеристическая черта дворянства, дѣлающая изъ членовъ его особый классъ ⁵⁷⁾, основывается единственно на чувствѣ собственного достоинства, доведенномъ до высокой степени, чувствѣ, которое вызывается и поддерживается отчасти сознаниемъ своего вліянія, отчасти воспитаніемъ. Уничтоженіе дворянства (не привилегій дворянскихъ) посредствомъ закона—невозможно. Отнимите у дворянства одну основу, на которой держится его чувство собственного достоинства, отнимите у него его политическое значеніе, его имущество, другая основа, которую даетъ воспитаніе, остается не тронутой. Именно та гордость, которая остается послѣ славнаго могущества, послѣ потеряннаго богатства, внушаетъ замѣчательное уваженіе. В. Скоттъ рассказывая объ одномъ изъ такихъ членовъ стараго французскаго дворянства, говоритъ: Это былъ un homme comme il faut, одинъ изъ тѣхъ не многихъ изящныхъ экземпляровъ стараго дворянства, какіе и теперь еще попадаются во Франціи; какъ изувѣченный статуи стараго и давно исчезнувшаго культа, они и теперь еще вызываютъ въ себѣ благоговѣніе и уваженіе даже со стороны

⁵⁶⁾ L. 2. C. Quae sit longa consuetudo. (8. 53.).

⁵⁷⁾ т. е. классъ людей, распознаваемый наружно (по ихъ обращенію).

- тѣхъ, которые иначе не оказали бы добровольно ни того, ни другаго.

§ 21.

Замѣчательное явленіе природы, что человѣкъ, какъ и животное, отъ продолжительнаго столкновенія съ людьми, вещами, обстановкой и отношеніями, получаетъ привязанность къ нимъ, и эта привязанность бываетъ тѣмъ сильнѣе, чѣмъ дольше длится столкновеніе. И это побужденіе—сохранять возможность такихъ столкновений, тоже называется обычаемъ, а притягательная сила, дѣйствующая въ такихъ случаяхъ на человѣка, называется силой. обычая. Изъ этого естественнаго закона выходятъ тѣ явленія, которыя мы называемъ привязанностью, дружбой, товариществомъ, патриотизмомъ, консерватизмомъ. Точно также и существующія юридическія нормы путемъ обычая могутъ вызвать къ себѣ сильную привязанность; для человѣка можетъ стать неотразимой потребностью, чтобы данное фактическое отношеніе всегда было опредѣляемо въ нормахъ по старому обычаю. Напр., чтобы мать наслѣдовала съ дѣтьми равныя доли, чтобы съ бракомъ возникала общность имущества между супругами, чтобы при наслѣдованіи мужской полъ имѣлъ преимущество предъ женскимъ, что при наслѣдованіяхъ когнаты устраняются, что наслѣдственные договоры обязательны, что одно общаніе безъ всякой формы имѣетъ исковую силу, что добровольно довѣренной собственности не можетъ требовать по суду посто-

роннее лицо. Какъ мы замѣтили выше, обычай не можетъ создавать юридическихъ нормъ, но можетъ сохранять существующія юридическія нормы, которыя безъ него потеряли бы свою силу. Вотъ почему весьма удачно выражаются римляне о такихъ юридическихъ нормахъ: *obtinetur* и *retinetur* ⁵⁸⁾. *Opinio necessitatis*, первоначально основывавшійся насообразеніяхъ разсудка, исчезаетъ, и только остается безсознательное влеченіе—сохранить юридическую норму, влеченіе, возникшее путемъ обычая. Группа такихъ юридическихъ нормъ, которыя возникли путемъ подразумеваемой народной воли и первоначально основывались на цѣлесообразности, нормы, которыя издавна имѣютъ силу и потому стали дороги народу,—образуетъ обычное право. Такимъ образомъ удержалось множество старонѣмецкихъ юридическихъ нормъ; онѣ имѣютъ силу и теперь, хотя никто не можетъ указать на ихъ *ratio*, и нѣкоторыя изъ нихъ имѣютъ силу, хотя для отношеній и взглядовъ настоящаго времени онѣ рѣшительно не имѣютъ смысла.

§ 22.

Съ понятіемъ обычая не слѣдуетъ смѣшивать чувства уваженія къ древности, того благоговѣнія къ учрежденіямъ, правамъ, обычаямъ, памятникамъ и постановленіямъ предковъ, которые болѣе или менѣе присуще каждому человѣку. Это чувство также содѣйствуетъ сохраненію старыхъ юридиче

⁵⁸⁾ Cicero Orat. partit. 37.

скихъ нормъ, и вотъ причина, почему римляне сифицируютъ понятія: *consuetudo* и *mores majorum*.

§ 23.

Подобно тому, какъ отъ продолжительнаго упражненія можетъ усиливаться въ человѣкѣ данный инстинктъ, извѣстное чувство или умственная способность, также точно они могутъ ослабѣть отъ противоположной операціи. Здѣсь заключается понятіе отученія. Укрощеніе животныхъ есть отученіе; то же самое можно сказать и о воспитаніи человѣка; вѣдь воспитаніе въ сущности есть ничто иное какъ укрощеніе. Укрощеніе своихъ народовъ деспоты обыкновенно обозначаютъ изящнымъ выраженіемъ „культура“. Привязанность къ людямъ, вещамъ, обстановкѣ, отношеніямъ и юридическимъ нормамъ, о которой была рѣчь выше, исчезаетъ постепенно путемъ отученія. Дружба пропадаетъ отъ долгой разлуки, любовь къ родинѣ и къ отечеству постепенно исчезаетъ отъ долгаго отсутствія; даже привязанность къ отечественному праву исчезаетъ постепенно, если народъ въ теченіе цѣлыхъ столѣтій вынужденъ жить подъ господствомъ чужаго права. Такъ Голштейнъ подпадаетъ вліянію датской національности; французскій характеръ обосновывается въ Лотарингіи и Эльзасѣ; Ломбардія и Венеція онѣмечиваются. Введеніе римскаго права въ Германію, которое слѣдуетъ считать не прерывнымъ и теперь еще продолжающимся, введеніе это во многихъ отношеніяхъ ничто иное, какъ сложный процессъ отученія. Этой рома-

низацией Германіи въ настоящее время занимаются профессора, которыхъ называютъ романистами, которые толкуютъ, что въѣ, такъ называемой, исторической школы нѣтъ истины и спасенія, и хотятъ насъ убѣдить, что выкопанное гдѣ нибудь въ соgrus iuris изреченіе древняго римскаго юриста просто сласть и для насъ нѣтъ обязательную силу.

§ 24.

Ученіе объ обычномъ правѣ запутанно, потому что слова употребляются для означенія такихъ понятій, къ которымъ они вовсе не идутъ, потому что ученые одной и той же фразой связываютъ разнородныя понятія.

Есть мнѣніе, будто все обычное право основывается на убѣжденіи народа, т. е. на соображеніяхъ разсудка. Это несправедливо, почти всѣ тѣ юридическія нормы, которыя причисляютъ къ обычному праву, основываются не на разсудкѣ, не на убѣжденіи; онѣ основываются на волѣ народа; но эта воля есть выраженіе одной привязанности къ юридической нормѣ, привязанности, вызванной обычаемъ. Есть отношенія, для которыхъ все равно, какъ опредѣлены они, если только они опредѣлены вообще. Въ такихъ случаяхъ, если возникаетъ та или другая норма, не можетъ быть и рѣчи объ убѣжденіи народа, чтобъ данное отношеніе было опредѣлено именно такъ, а не иначе. Сюда принадлежатъ всѣ дошедшія по преданію юридическія формы, опредѣленія времени и чиселъ, равнымъ образомъ и чисто судебные обычаи.

Есть, далѣе, ученые, которые называютъ обычай однообразное отношеніе, въ которомъ безмолвно обнаруживается воля народа, тогда какъ другіе употребляютъ этотъ терминъ въ настоящемъ смыслѣ. Отсюда то слѣдствіе, что послѣдніе утверждаютъ, что обычное право возникаетъ путемъ обычая, тогда какъ первые говорятъ, что въ обычаѣ оно находитъ только свое выраженіе.

§ 25.

Слѣдуетъ различать:

I. Природу, и

II. Право, т. е. волю государства, ограничивающую природу. Эта воля бываетъ или:

1) воля, объявленная прямо въ опредѣленной формѣ — законъ, или

2) воля, объявленная подразумѣваемо. Чтобы распознать эту волю, должны быть на лицо факты, изъ которыхъ бы можно заключить объ этой волѣ, какъ это необходимо и при юридическихъ сдѣлкахъ. Въ какихъ случаяхъ есть такіе рѣшительные факты, т. е. допускаютъ возможность безошибочнаго заключенія, — теорія не можетъ опредѣлить точно; всѣ относящіеся къ этому трактатіи учебниковъ, бесполезны, какъ и всякая пустая болтовня. *Opinio necessitatis*, лежащая въ основѣ каждой юридической нормы относительно безмолвной воли можетъ:

а) основываться на соображеніяхъ разсудка, такъ что общество имѣетъ живое убѣжденіе о

цѣлесообразности юридической нормы ⁵⁹⁾. И здѣсь возможна ошибка, какъ и при каждой операциі разсудка. Вмѣстѣ съ общимъ сознаніемъ ошибки исчезаетъ необходимо и юридическая норма, потому что нѣтъ болѣе основанія для ея обязательной силы. Вотъ почему римляне говорятъ: *Quod non ratione itroductum est, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet* ⁶⁰⁾. Опять необходимы рѣшительные факты, чтобы узнать, дѣйствительно ли народъ созналъ данную ошибку, и слѣдовательно исчезла и юридическая норма.

b) *Opinio necessitatis* можетъ также основываться на безсознательномъ влеченіи природы, слѣдовательно, или на какомъ нибудь животномъ инстинктѣ, или на живомъ чувствѣ. Это возможно только тогда, если въ народѣ исчезло убѣжденіе въ цѣлесообразности, но отъ долгаго обычая (*longa consuetudo, usus longaevus*) норма стала другой. Только такія юридическія нормы могутъ быть названы обычнымъ правомъ. Такимъ образомъ обычное право не есть противоположность праву кодификаціонному, а есть только подчиненный видъ юридическихъ нормъ, основывающихся на непосредственной волѣ народной. Вотъ почему относительно *jus non scriptum* римскіе юристы весьма справедливо различаютъ: 1) *ea, quae conventis et quos: consensu obtinentur*, и 2) *ea, quae consuetudi e obtinentur*.

⁵⁹⁾ Сравни. выше § 13. I. 36. D. d. legg. (I. 3.)

⁶⁰⁾ Cit. I. 39. D. d. legg. (I. 3.)

Это раздѣленіе какъ разъ соотвѣтствуетъ тому, какое сдѣлали и мы выше ad a и b. Современные юристы не дѣлаютъ этого различія, и чрезъ это выходитъ та путаница понятій, которую хотѣли устранить римляне. Опять только изъ рѣшительныхъ фактовъ можно заключить, дѣйствительно ли юридическая норма, для которой нельзя указать цѣли, стала дорогой до того, что отрицаніе ея можетъ возмутить народное чувство; теоретическія же указанія тутъ вовсе неумѣстны ⁶¹⁾.

§ 26.

Римское право, какъ говорятъ, дѣйствуетъ въ Германіи въ качествѣ обычнаго права. Это значитъ: отдѣльныя юридическія нормы изъ *corpus juris gl ssatum* служатъ выраженіемъ воли нѣмецкаго народа. Въ такомъ случаѣ эта воля должна выходить или изъ разсудка, или изъ привязанности, возникающей путемъ обычая. Нѣмецкій народъ не знаетъ *corpus juris* въ его подробностяхъ; значитъ, всѣ постановленія *corpus juris* не могутъ считаться выраженіемъ народной воли. Далѣе, если *corpus juris* и извѣстенъ въ той

⁶¹⁾ Точно также совсѣмъ не кстати, когда теорія беретъ на себя вычислять такъ называемые признаки обычнаго права; это все равно, если бы она взялась вычислить всѣ признаки, по которымъ можно бы распознать подразумеваемое заключеніе договора. Объ этихъ признакахъ можно сказать то же, что и о правилахъ толкованія: они могутъ устранить для юриста возможность развѣ самаго грубаго непониманія.

или другой части нѣмецкому народу, по одному этому нельзя еще говорить, будто нѣмецкій народъ имѣть убѣжденіе и обо всѣхъ отдѣльныхъ юридическихъ нормахъ римскаго права, что эти нормы должны имѣть силу, что отъ постепеннаго обычая онѣ до того стали привычны, что ничего изъ нихъ не можетъ быть опущено. Только одна часть римскаго права, именно право оборота, можетъ считаться выраженіемъ нѣмецкой народной воли; но можетъ считаться именно на столько, на сколько эти нормы служатъ необходимымъ продуктомъ фактическихъ отношеній оборота. Ученые юристы теоріи пытаются выйти изъ этой дилеммы посредствомъ двоякаго маневра. Они утверждаютъ, что воля нѣмецкаго народа не берется въ расчетъ; что они, ученые юристы, служатъ представителями воли нѣмецкаго народа, какъ скоро заходить вопросъ о томъ, какъ должны быть юридически опредѣлены его отношенія. Важна только ихъ воля, только соображенія ихъ разсудка, только ихъ обычай. Это ужъ изъ рукъ вонъ чужуръ. Кто сдѣлалъ этихъ господъ представителями народа? Подобное представительство было бы слишкомъ опасно для нѣмецкаго народа. Въ самомъ дѣлѣ огромное большинство нѣмецкихъ юристовъ до того незнакомо съ фактическими отношеніями жизни, въ которыхъ только и можетъ быть почерпаемъ духъ права, что юристы эти вовсе не могутъ годиться въ представители народа относительно юридическихъ вопросовъ. Другая натяжка вотъ гдѣ: „римское право принято *in complexu*.“ Вотъ ужъ гдѣ можно сказать: недостаетъ понятій, такъ встаетъ

хоть подворачивается фраза. Догмать объ принятіи *in complexu* постоянно заучивается и принимается на вѣру, безъ малѣйшаго участія мысли, а на дѣлѣ это ни больше, какъ не то, что пустая, но совершенно бессмысленная фраза. Можно принять пирога *in complexu*, — ну тогда значить принялъ и начинку пирога. Но какимъ образомъ могло случиться это съ *corpus juris*, какъ представитъ себѣ, что огромная масса юридическихъ нормъ перешла въ сознание народа, а народъ этотъ и не подозревалъ отдѣльныхъ нормъ этой группы, — это никакъ не поймешь. Принятіе множества юридическихъ нормъ *in complexu* возможно только въ одномъ случаѣ: когда принять данный принципъ, то вмѣстѣ съ этимъ приняты, значить, и отдѣльныя юридическія нормы, которыя кроются въ немъ и могутъ быть извлекаемы путемъ умозаключенія; тутъ можно принять принципъ, не сознавая его выводовъ. Но ни кто не утверждаетъ, да и не можетъ утверждать, будто всѣ постановленія *corpus juris* сводятся къ одному принципу, и нѣмецкій народъ принялъ этотъ принципъ. Если же по поводу римскаго права заводить рѣчь объ обычномъ правѣ, такъ это возможно развѣ вотъ въ какомъ смыслѣ: римское право мало по малу становилось извѣстнымъ въ Германіи и оно проникало въ практику; но за исключеніемъ области оборота, гдѣ примѣненіе этого права было насущной потребностью, не разъ раздавались противъ него протесты. Такъ дѣло шло до тѣхъ поръ, пока наконецъ, видя невозможность устоять противъ потока, нѣмцы успокоились и въ этомъ смыслѣ свыклись съ

той идеей, что римское право есть общегерманское гражданское право. Но по одному этому нельзя еще сказать, будто римское право дѣйствуетъ въ Германіи какъ обычное право. Правда, основаніе, почему это право дѣйствуетъ, кроется въ убѣжденіи нѣмецкаго народа; но на сколько оно имѣетъ силу, это для каждой юридической нормы должно быть рѣшаемо особо. Но при этомъ остается только одинъ критеріумъ — цѣлесообразность данной юридической нормы. Если цѣлесообразность эта не можетъ быть указана прямо, а тѣмъ больше, если можетъ быть прямо указана нецѣлесообразность, то становится несомнѣннымъ, что юридическая норма не имѣетъ за себя убѣжденія народа въ томъ, что она должна дѣйствовать. Дѣйствительно, юридическая норма можетъ дѣйствовать какъ обычное право, когда постоянное примѣненіе ея въ практикѣ, родило къ ней привязанность путѣмъ обычая, и слѣдовательно *opinio necessitatis* основывается на чувствѣ народа. Но такой вопросъ слишкомъ труденъ для рѣшенія. Поэтому когда заходитъ вопросъ о томъ, имѣетъ ли силу данная юридическая норма римскаго права, дѣло теоріи должно ограничиться изслѣдованіемъ: удовлетворяетъ ли эта норма какой нибудь практической потребности или нѣтъ.

§ 27.

Вопросъ о томъ, считается ли въ данномъ государствѣ, убѣжденіе народа, особенно обычай, за

источникъ права наряду съ закономъ, и каково въ такомъ случаѣ взаимное отношеніе обоихъ источниковъ въ ихъ обнаруженіи, именно, можетъ ли обычное право отнять силу у закона, — этотъ вопросъ рѣшается на основаніи государственнаго права этого государства. Что общественное благо выиграетъ въ томъ случаѣ, когда оба источника права существуютъ рядомъ, это признано всѣми и не требуетъ никакого доказательства.

К О Н Е Ц Ъ.

16/11/2005

10/11/05

